

42
M 672
2012
v. 45

Pontes de Miranda

TRATADO DE DIREITO PRIVADO

PARTE ESPECIAL

TOMO XLV

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

Contrato de transporte. Contrato de parceria.
Jogo e aposta. Contrato de seguro. Seguros terrestres,
marítimos, fluviais, lacustres e aeronáuticos

Atualizado por
Bruno Miragem

EDITORA  100 anos
REVISTA DOS TRIBUNAIS

CAPÍTULO I CONCEITO E NATUREZA DO JÓGO E DA APOSTA

§ 4.901. CONCEITO E NATUREZA DO JÓGO

1. CONCEITO. – Quando tivemos de tratar dos direitos mutilados, o problema da conceituação do jogo e da aposta teve de apresentar-se. Frisamos as dificuldades de conceituação (Tomo VI, § 641), mostramos as tentativas de caracterização (§ 642) e expusemos o problema da irrepetibilidade e a sua solução no direito estrangeiro e no brasileiro (§§ 643-646). O conteúdo dos arts. 1.477 e 1.478 do Código Civil foi objeto de indagação e conclusões precisas (§ 645). Os jogos não-proibidos e as apostas não-proibidas vinculam; apenas não criam pretensão. Têm-se, portanto, créditos sem pretensão, dívidas sem obrigação. Leis especiais podem estabelecer que as *dívidas* oriundas de determinados jogos ou apostas tenham pretensão e *ação*. Os jogos proibidos e as apostas proibidas não vinculam; portanto, daqueles e dessas não se derivam relações jurídicas, de que se irradiem dívidas. *Ninguém deve* por perder em jogo proibido, ou em aposta proibida. Quem perdeu em jogo não-proibido, ou em aposta não-proibida, *deve*, porém contra essa pessoa não há pretensão nem *ação*. Aos ganhadores em alguns jogos não-proibidos e em algumas apostas não-proibidas as leis, às vezes, confundem *pretensão* e *ação*.

Feitas essas considerações retrospectivas, convém que voltemos à caracterização dos conceitos.

Com o jogo, o homem foge à realidade ambiente, à previsibilidade, com que anda, come, bebe e se dirige, e o intuito de ganho e de diversão funde-se com os choques entre o humano, de quem joga, e o inumano do

azar. O jôgo interessa ao jurista, no que cria relações patrimoniais, rarissimamente extrapatrimoniais, que podem ficar no mundo fático e podem entrar no mundo jurídico.

De comêço, é preciso que se distinga do *torneio técnico* ou *competição concursal* o jôgo prôpriamente dito.

No jôgo, pode haver o elemento de aptidão, o elemento econômico, o elemento de diversão, o elemento de estética, o elemento de grupo (clube, Município, Estado-membro, Estado, continente). O elemento econômico é eliminável, como o de diversão, o de estética, o de grupo. Por outro lado, quem joga, comprando bilhetes de loteria, não põe no ato o elemento aptidão.

Ganhar, vencer, no jôgo, é fato que a conveniência humana verifica, na grande maioria dos casos, sem precisar de pessoa estranha que proclame o resultado. Algumas vêzes, não raras, há a terceira pessoa, ou as terceiras pessoas, ditas *juízes do jôgo* ou *árbitros esportivos*, encarnados por autoridade lúdica ou esportiva, ou pelos próprios jogadores ou apostadores.

As decisões dos juízes e árbitros de jôgo podem ser apreciadas em sua existência, em sua validade (e. g., um dos árbitros estava ou era impedido) e em sua probidade (= ausência de dolo).

Velha concepção sustentou e continua a sustentar que somente o jôgo com interêsse patrimonial entra no mundo jurídico. Já assim, no século XVI (e. g., B. CACCIALUPO, De ludo, *Tractatus illustrium*, VII, f. 168; R. TROPONG, *Du Prêt, du Dépôt et Séquestre et des Contrats aléatoires*, 432).

O primeiro cuidado há de ser o de responder, com precisão, à pergunta: *¿Há, in casu, contrato de jôgo e de aposta? Em todos os jogos e em todas as apostas há acontecimento, de origem em ato humano, ou não futuro e incerto, de que resulta saber-se quem há de prestar, ou quem tem direito à declaração. A habilidade dos jogadores e os conhecimentos dos apostadores não vai a tal ponto que aquela incerteza desapareça. No jôgo, são os jogadores que criam o risco ou que assumem o risco que outrem criou, ao passo que na aposta o risco pode ser anterior e sem origem humana. Se o risco não é de origem humana, mas anterior (os jogadores chegaram no cassino quando já estava rodando a roleta e talvez já encerrado, para a empresa, o tempo para as paradas ou lances), pode haver aposta, e não jôgo. Se o risco preexistia à conclusão do contrato e não foi criado pelo homem, a aleatoriedade não basta para se compor o contrato de jôgo.*

Se há o elemento econômico, a *causa lucrandi*, apresenta-se o problema da permissão jurídica do jôgo, porque o ganhador se tem como credor e como titular de pretensão. Ao direito cabe responder, conforme a espécie, se há a dívida, ou se há a dívida, a pretensão e ação, ou se só há a dívida. O fim de lucro, que, ainda quando secundário, se revela no jôgo, como que se rebaixa, se faz menos importante, na aposta, e desaparece diante do propósito de securidade, que há no contrato de seguro.

Os contratos aleatórios distinguem-se em contratos unilateralmente aleatórios, como o de constituição de renda vitalícia, e em contratos bilateralmente ou plurilateralmente aleatórios, como são os jogos e as apostas. Cf. ALFREDO ASCOLI (*Diritto civile, Delle obbligazioni*, 88).

A opinião de ROBERTO DE RUGGIERO (*Istituzioni di Diritto civile*, III, 6.^a ed., 459) sôbre somente haver contrato de jôgo ou de aposta se do negócio se irradia ação é fora de qualquer base. Ressalta a confusão entre existência e eficácia. A ação, como a pretensão e como a própria dívida, é eficácia; o contrato pode existir sem gerar ação, nem pretensão, nem mesmo dívida.

O negócio jurídico unilateral de dação de prêmio se isso ou aquilo acontece (se B ganha, se B tem razão) é doação sob condição, e não jôgo, nem aposta.

(A propósito do jôgo e da aposta discute-se se a respeito se pode falar de contrato se não entrou no mundo jurídico, e. g., CARLO ALBERTO FUNAIOLI, *Il Giuoco e la Scommessa*, 72 s. Não tem relevância qualquer resposta: tanto se pode falar de contrato que entra no mundo jurídico como de contrato que não entra no mundo jurídico. Por outro lado, a peleja pode ser elemento do suporte fático do contrato de jôgo entre os que pelem, sem que possa dizer que peleja e contrato sejam conceitos incompatíveis, como faz LUCA BUTTARO, *Del Giuoco e della Scommessa*, 13.)

O direito não só se interessa pelo jôgo e pela aposta como negócios jurídicos. Também considera determinados jogos e determinadas apostas como atos *ilícitos absolutos*. Daí não se poder dizer que o sistema jurídico cogita apenas se do negócio se irradia dívida contratual.

O trapaceiro pode interessar ao jurista se o jôgo é jôgo permitido, porque a trapaça pode ser alegada como objeção. Uma vez que o sistema jurídico admitiu determinado jôgo e tal jôgo se fêz com o respeito das regras técnicas do jôgo, algumas das quais podem ser previstas em lei, há interêsse em que se lhe declare a lisura. A arguição de trapaça é arguição de

não ter havido a parada com a regularidade que seria de esperar-se. Pôsto que a trapaça seja interna, também pode ocorrer irregularidade proveniente de perturbação externa.

2. DADOS HISTÓRICOS. – No direito romano, a distinção básica dos jogos e apostas eram entre aquêles em que a atividade concorria para o desenvolvimento físico ou o manejo das armas e os em que faltava tal elemento. PAULO (L. 2, § 1, D., *de aleatoribus*, 11, 5) referiu *senatus-consulto* em que se vedou jogar soma de dinheiro, salvo se o jôgo fôsse *virtutis causa*, como se consistia em tirar a lança, ou arremessar o dardo, ou em correr, ou em saltar ou em lutar ou pugnar (si quis certet hasta vel pelo iaciendo vel currendo sabendo luctando pugnando quod virtutis causa fiat). A aposta (*sponsiones*) era permitida, pôsto que o não fôsse nos outros jogos, cujo certame não tivesse por fito mostrar o valor (MARCIANO, L. 3, D., *de aleatoribus*, 11, 5: “in quibus rebus ex lege Titia et Publicia et Cornelia etiam sponsionem facere licet: sed ex aliis, ubi pro virtute certamen non fit, non licet”). Nem por isso deixava de haver a casa de jôgo, mais ou menos clandestina.

Havia a pena de infâmia, que foi abolida por Justiniano. As sanções voltaram na Idade Média (ANTÔNIO PERTILE, *Storia dei Diritto italiano dall caduta del'Impero romano alla codificazione*, IV, 544 s.).

O perdente tinha a ação para repetir o que houvesse pago, se proibido o jôgo (L. 1, § 1, C, *de aleae lusu et aleatoribus*, 3, 43; cp. L. 4, §§ 1 e 2, D., *de aleatoribus*, 11, 5), salvo se o jôgo fôsse durante os *saturnalia* (JÉRÔME CARCOPINO, *La Vie quotidienne à Rome*, 290), ou quanto a coisas que se pusessem na mesa para comida (L. 4 e §§ 1 e 2, D., *de aleatoribus*, 11, 5). A legitimação para a ação de repetição alcançava os herdeiros e os *patres seu defensores locorum*, que destinariam as somas a obras públicas e de beneficência (L. 2, § 1, C, *de aleae lusu et aleatoribus*, 3, 43).

Quem jogava sem tomar parte nas competições *virtutis causa* não estava atingido por proibição, porque, embora estranhos a elas, concorriam para a difusão. Essa foi a interpretação de BENEVENUTUS STRACCHA, *Sponsionum Tractatus, Tractatus illustrium*, VL, 1, 305; C. MANNENTI, *Del Giuoco e della Scommessa, Commentario alie Pandette* [F. GLÜCK], 600).

Discutiui-se se a aposta propriamente dita era atingida pela proibição de jôgo *non virtutis causa*. Os que a afirmaram invocaram a *lex Titia et Publica et Cornelia* (L. 3, D., *de aleatoribus*, 11, 5); os que a negaram

apontam a L. 17, § 5, D., *de praescriptis verbis et in factum actionibus*, 19, 5). Não há opinião segura sôbre as espécies, tanto mais quanto a palavra “álea” nem sempre se reporta a jôgo e a aposta. Às vêzes, trata-se apenas de contrato condicionado; e nem tôdas as espécies de aposta aparecem nos textos (já no mesmo sentido, IULIUS ALEXANDRINUS CLARUS, *Opera omnia*, 155).

Seja como fôr, a disciplina jurídica romana perdurou, como ressalta em PARIS DE PUTEO (*De ludo, Tractatus illustrium*, VII, 151) e em J. B. CACCIALUPO (*De ludo*, 156, n. 2 s.). Mas o jôgo continuou e cresceu, no segundo milênio. Os torneios medievais enchem a vida daquêles tempos.

As casas que recebiam jogadores, tirando disso vantagem, não tinham direito à indenização de danos sofridos pela jogatina desenfreada e pelas injúrias (PETRUS PANTOJA DE AIALA, *Comment. in Tit. Digestorum et L. fin. Cod. de aleatoribus*, 914), sem se distinguir quem o causou, se os jogadores ou outras pessoas.

A legislação luso-brasileira foi, principalmente, a seguinte: Lei de 17 de março de 1605; Lei de 24 de maio de 1656; Lei de 29 de outubro de 1696; Resolução de 16 de março de 1754.

O vencedor não tinha ação para demandar o que o vencido perdeu no jôgo proibido. Ao vencido dava-se a ação de repetição (GABRIEL PEREIRA DE CASTRO, *Decisiones*, 390). Sem razão, MELO FREIRE (*Institutiones*, I, 412, e IV, 40 s.).

Nos costumes dos países europeus, ora se negava a pretensão ao ganho e se admitia a de repetição pelo vencido, ora se negavam as duas. De ordinário, não se distinguiam jogos proibidos e jogos permitidos. Em Portugal e no Brasil, a primeira solução é que era a vitoriosa.

As diferenças resultavam de mistura das regras jurídicas romanas com os costumes germânicos tolerantes do jôgo. A severidade das regras jurídicas diminuiu (HEINRICH M. SCHUSTER, *Das Spiel*, 74 s.).

A inclusão dos contratos de jôgo nos contratos *contra bonos mores* e a invocação do brocardo *In pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis* (cf. PARIS DE PUTEO, *De Ludo, Tractatus illustrium*, VII, 153, n. 28) afastavam a ação de repetição.

Contra a ilicitude do jôgo, em si, as opiniões surgiam, em luta com a de teólogos que reputam sacrílego o jôgo.

Tudo isso se havia de refletir na doutrina jurídica. Uma das conseqüências foi certo tratamento igual ao jôgo e à aposta. O Código Civil francês

(arts. 1.966-1.968) distanciou-se de convicções como a de BENEVENUTUS STRACCHA (Sponsionum Tractatus, *Tractatus illustrium*, VI, 303), mas entre as duas atitudes está discussão acesa como a de que noticia, em Veneza, GIOVANNI DOLCETTI (*Le Bische e il Giuoco d'azzardo a Venezia*, 161).

A linguagem vulgar chama “apostas” às paradas. Pergunta-se, na mesa de jôgo, “quanto você aposta”. Quando juristas querem reduzir o jôgo à operação fora do direito e dizem aposta qualquer contrato dito de jôgo, tentam levar ao direito a confusão dos que não tratam, juridicamente, o assunto, frisando as diferenças de conceito.

3. BILATERALIDADE OU PLURILATERALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO. – O negócio jurídico de jôgo e o contrato de aposta são *bilaterais* ou *plurilaterais*. De ordinário, só a um (ou alguns) toca adimplir. Não se confunde com a operação lúdica.

O elemento fáctico do jôgo ou da aposta pode ser *interior* ao contrato, como se A e B jogassem pôquer. Pode ser *exterior*, se A e B jogam, respectivamente, nos milhares x e y da loteria federal, que nada tem com o jôgo de A e B. Todavia, para o conceito de jôgo e de aposta é indiferente que a atividade seja exercida pelos jogadores ou por outras pessoas, ou por aparelhos que sejam usados sem ser com intuito lúdico.

A aposta é negócio jurídico bilateral ou multilateral. Não há aposta que seja negócio jurídico unilateral. Mas isso não pré-exclui o contrato unilateral de aposta; portanto, o risco somente para um dos figurantes, ou dos figurantes de um só lado.

Alguns juristas entenderam que o contrato de jôgo e o de aposta seriam, quanto à conclusão, bilaterais (ou plurilaterais), mas, por só o vencedor ter direito ao prêmio, teria de ser considerado unilateral condicionado, de modo que, segundo tais juristas, a álea influiria na estrutura do contrato (e. g., L. V. D. PFORDTEN, *Abhandlungen aus dem Pandekten-Rechte*, 327 s.). A bilateralidade já se consumou, quando todos os figurantes fizerem as suas paradas; o prêmio é efeito. Mesmo na aposta, não importa se a prestação já foi entregue, ou se foi depositada, ou se só há de entregar depois do resultado.

Houve também quem tentasse ver no contrato de jôgo e no de aposta dois (ou mais) contratos condicionados, que então seriam unilaterais, a título gratuito (assim, J. A. HELLFELD, contra quem se manifestaram A. F. J. THIBAUT, *System des Pandektenrechts*, II, § 915, e CHR. FR. VON GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, 11, 332, A. KRÜGELSTEIN, *Über*

den begrifflichen Unterschied von Spiel und Wette, 29). Todos assumem risco, mas todos prometeram e prestam.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 4.901. A – Legislação

Em relação aos contratos de jogo e aposta, o exame da sua disciplina jurídica pressupõe a necessidade de sua distinção entre jogos proibidos, não proibidos e legalmente admitidos. As reservas de natureza moral e/ou religiosa à exploração econômica do jogo e da aposta se percebem na legislação. A Lei de Contravenções Penais (Dec.-lei 3.688/1941), em seu art. 50, torna proibido estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, com ou sem pagamento de entrada. Nesse sentido, define como jogos de azar, aqueles que o ganho ou perda dependam exclusivamente da sorte, as apostas sobre corridas de cavalo fora do hipódromo ou lugar em que seja permitida, e as apostas sobre qualquer outra competição esportiva. Da mesma forma, os arts. 51 a 57 da LCP vão caracterizar como tal várias condutas que indiquem a promoção de loterias que não contem com autorização legal. As oscilações do legislador quanto ao tema são conhecidas. Assim, por exemplo, o art. 50 da LCP foi revogado em 1942 (Dec.-lei 4.866/1942), porém teve sua vigência restaurada em 1946 (Dec.-lei 9.215/1946). Da mesma forma a indução à prática de jogo e aposta, segundo determinadas circunstâncias, é considerada crime (art. 174 do CP). No caso do turfe, admite-se as apostas como modo de incentivo à criação de cavalos, como se percebe dos arts. 8.º e 9.º da Lei 7.291/1984, e art. 17 e ss. do Dec. 96.663/1988.

A exploração de loteria, contudo, é legalmente permitida, e considerada serviço público exclusivo da União não suscetível de concessão, conforme dispõe o art. 1.º do Dec.-lei 204/1967, o qual é realizado pela Caixa Econômica Federal, em acordo com o art. 2.º do Dec.-lei 759/1969. Assim, por exemplo, o Dec.-lei 594/1969, que autoriza a loteria esportiva. A Lei 6.717/1979 autoriza a Caixa Econômica Federal a promover, como modalidade de loteria federal, concurso de prognósticos. Da mesma forma, quando se trate de distribuição gratuita de prêmios, mediante sorteio, vale-brinde ou concurso, incide a Lei 5.768/1971, que a condiciona a autorização da União. Nesta modalidade, admite-se inclusive o denominado sorteio filantrópico, em benefício de entidades de assistência social reconhecidas pela União, mediante emissão de série de bilhetes numerados, distribuídos de modo concomitante e aleatório, sendo os contemplados definidos exclusivamente segundo o resultado das extrações da Loteria Federal.

Admite-se e promove-se, igualmente competições esportivas, cujo fomento constitui dever constitucional do Estado (art. 217 da CF/1988).

No caso dos contratos de jogo e aposta, têm disciplina no Código Civil de 2002 (arts. 814 a 817), tal como eram regulados, igualmente, pelo Código Civil de 1916 (arts. 1.417 a 1.420).

O art. 814 do CC/2002, que reproduz o art. 1.417 do CC/1916, determina as dívidas decorrentes de jogo ou aposta como espécie de obrigação sem pretensão, uma vez que não são dotadas de exigibilidade, nem da pretensão de repetição de indébito, quando paga, salvo no caso de dolo ou se quem tenha pago é menor ou interdito. O § 1.º do art. 814 do CC/2002, reproduz o parágrafo único do art. 1.417 do CC/1916, e refere que a regra se estende também sobre contrato que tenha por resultado encobrir ou reconhecer a dívida, assim como os de novação e fiança dessa mesma dívida. Indica, nesse caso, a nulidade dos respectivos contratos, que todavia não pode ser oposta a terceiro de boa-fé. O Código Civil de 2002, todavia, traz ressalva, indicando que o mesmo se aplica mesmo a jogo não proibido, com exceção de jogos legalmente permitidos (art. 814, § 2.º, do CC/2002). Da mesma forma, excetua-se da disciplina legal do contrato de jogo e aposta as competições de natureza esportiva, intelectual ou artística nas quais os interessados se submetam a prescrições legais e regulamentares.

O art. 815 do CC/2002, que corresponde ao art. 1.478 CC/1916, estabelece como inexigível o reembolso do que se emprestou para jogo ou aposta, quando realizado no ato de apostar ou jogar.

Já o art. 816 do CC/2002, vai no sentido inverso ao que dispunha o art. 1.479 do CC/1916. Isso porque, enquanto a lei revogada admitia a aplicação das regras do jogo à aos contratos sobre títulos de bolsa, mercadorias ou valores, denominados contratos diferenciais, ou seja, aqueles que a liquidação se dê pela diferença entre o preço ajustado e a cotação que tiverem no vencimento ajustado pelas partes, a norma em vigor expressamente veda esta possibilidade. A razão de ser da nova norma em vigor se dá, especialmente, pela compreensão de que a finalidade de especulação que caracteriza as operações de valores mobiliários, embora essas tenham natureza aleatória, admite premissas de racionalidade e utilidade econômica, bem como – muitas vezes – contam com sofisticada estrutura contratual – de modo que a incidência da singela disciplina legal sobre o jogo é insuficiente ou inapropriada.

Por fim o art. 817 do CC/2002, que reproduz o art. 1.480 do CC/1916 é conceitual, indicando que quando há sorteio pra dirimir questões ou dividir coisas comuns, este deve ser considerado partilha ou transação, conforme o caso. Nota-se aqui um esforço para afastar a caracterização de jogo, tomando por pressuposto o acordo das partes para resolução do caso, ainda que o resultado esteja condicionado a elemento aleatório.

§ 4.901. B – Doutrina

A definição doutrinária do contrato de jogo e aposta dá conta da natureza aleatória que o caracteriza, uma vez que o resultado depende de sorte ou azar. Há a álea, segundo qual condiciona-se o pagamento/recebimento de valores ou objetos a determinado resultado incerto (RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de

Janeiro: Forense, 2011. p. 967; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. vol. II, p. 625; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva. vol. 3, Contratos e atos unilaterais, p. 545).

Há relevância jurídica do contrato de jogo e aposta para o direito – de acordo com a doutrina – quando ocorre de forma onerosa (TREPAT CASES, José Maria. *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003. vol. VII, p. 356). No jogo prevalece a finalidade de distração ou ganho, dependendo em parte da participação e/ou habilidade dos contratantes, enquanto na aposta o resultado decorre de fato alheio e incerto, fortuito.

A inexigibilidade da dívida decorrente de jogo faz com que se qualifique como dívida de honra (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. vol. III, p. 444).

Da mesma forma, realiza a doutrina a distinção operada por Pontes de Miranda entre jogos e apostas proibidos, tolerados e autorizados. Por outro lado, não se percebe tão clara a lição referida neste Tratado quanto ao caráter bilateral da avença, o que se dá – em regra – segundo o critério para qualificação do contrato, seja no tocante à aptidão do contrato para gerar obrigações para uma ou ambas as partes, ou a existência ou não de sacrifício patrimonial. Nesse caso, parece de indiscutível precisão o sentenciado por Pontes de Miranda, para quem o prêmio, sempre é efeito do contrato, não parte integrante da estrutura do contrato.

§ 4.901. C – Jurisprudência

A competência privativa da União para legislar sobre jogo e aposta é abrangente, decorrente da referência constitucional expressa a sistemas de sorteios (STF, ADIn 3895, j. 04.06.2008, rel. Min. Menezes Direito, *DJe* 28.08.2008; e ADIn 3060, j. 03.05.2007, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJe* 01.06.2007). No mesmo sentido, definiu o STF, ao editar a Súmula vinculante 2, que é inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.

No caso das loterias autorizadas, o bilhete de loteria constitui-se título não nominativo, que observa o princípio da literalidade, de modo que não cabe perquirir-se sobre o propósito do jogador (STJ, REsp 902.158/RJ, 4.º T., j. 06.04.2010, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 26.04.2010; AgRg no REsp 1187972/DF, 3.º T., j. 02.09.2010, rel. Min. Vasco Della Giustina, *DJ* 01.10.2010; REsp 960.284/RS, 3.º T., j. 24.06.2008, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJ* 05.08.2008). Contudo, na hipótese da perda do bilhete, admitem-se todos os meios de prova para que o interessado demonstre sua qualidade de ganhador (STJ, REsp 717.507/PE, 3.º T., j. 15.12.2009, rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* 18.12.2009). Todavia, observa-se precedente no sentido de indicar a responsabilidade da Caixa Econômica Federal no caso de falha da lotérica credenciada no registro e envio da aposta (STJ, REsp 803.372/SP, 4.º T., j. 12.09.2006, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, *DJ* 02.10.2006).

§ 4.902. DIFERENÇA ENTRE O JÓGO E A APOSTA

1. JÓGO E APOSTA. – A tentativa de fundir jôgo e aposta, que chegou ao mais alto grau com G. F. PUCHTA (*Vorlesungen über das heutige römische Recht*, II, 4.^a ed., 88), foi extirpada. O que é certo é que a linguagem vulgar chama aposta a alguns jogos, sejam ou não negócios jurídicos acessórios de jôgo. Por outro lado, perdeu-se muito tempo em discutirem-se textos romanos. Aliás, o § 6, I, *de verborum obligatione*, 3, 15, e a L. 37, D., *de rebus creditis si certum petetur et de conditione*, 12, 1 (PAPINIANO), são expressivos.

No jôgo de azar e no misto, mais domina a sorte que a arte e o engenho (MELO FREIRE, *Institutiones*, IV, 40: “in quo fortuna magis quam ars et ingenium dominatur”); e na aposta, mais se atende à verdade de enunciado.

Não é pressuposto necessário da aposta que haja para os apostadores a mesma álea, o ser igualmente incerto ou igualmente verossímil o que se considera decisivo. Pensavam assim J. FR. RUNDE (*Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts*, II, 309) e KARL E. HOFACKER (*Principia iuris civilis rom germanici*, III, § 2074); mas isso fora repellido por EPH. CHR. VON DABELOW (*Handbuch des heutigen gemeinen römisch-deutschen Privatrechts*, Parte II, § 1316), LUDW. FR. GRIESINGER, *Commentar über das Würtemb. Landrecht*, IV, 1068), e KARL AUG. TITTMANN (*Handbuch des gemeinen deutschen peinlichen Rechts*, III, 555). Pode B apostar com A, quanto a fato que êle, B, sabe que ocorreu, e não importa de quem haja partido a oferta. Nem se pode ver aí o dolo, como bem frisaram J. H. DE BERGER (*Oeconomia iuris*, III, Tit. 3, th. 6, n. 3: “Quodsi tamen unus scientiam rei habeat, eamque professus sit, alter autem nihilo secius spondendo se obstrinxerit, sponsio valet”) e J. FR. LUDOVICI (*Diss. de natura et interpretatione sponsionum*, § VII). Isso não quer dizer que o apostador ciente não possa cometer dolo, como se êle soube do que aconteceu pela leitura dos jornais e disse ao outro figurante que o jornalista não tinha entregue os jornais. O contrato de aposta está sujeito às sanções de nulidade e de anulabilidade, conforme os princípios.

No jôgo, pode ser maior ou menor a atividade dos figurantes, ou daqueles que jogam, acompanhados de outros que também figuraram no contrato, ou em outros contratos. Na aposta, tal atividade é nenhuma. Combateu tal teoria A. KRÜGELSTEIN (*Über den begrifflichen Unterschied von Spiel und Wette*, 24 s.). Dizia H. THÖL (*Das Verkehr mit Staatspapieren*,

261 s.) que a entrada de atividade do figurante, ou de outrem, torna de jôgo o contrato. No contrato de jôgo há a atividade do jogador, ou de outrem, ao passo que nenhuma atividade há na aposta. Quando Lord Caning fez o contrato com o duque, quanto a quem, andando pela rua, encontrasse maior número de gatos, sendo de cem libras o prêmio, apostou. Quando dois ingleses puseram cada um, um caracol na extremidade de uma mesa, para que vissem qual o que chegaria primeiro no centro, para se saber quem ganharia, jogavam, porque não haviam encontrado os caracóis naquela posição. Se êles já lá estivessem, o caso seria de aposta. Jôgo ainda há aí, de aposta só se pode falar se alguém põe em disputa o que afirma de fato passado, presente ou futuro.

W. E. WILDA (*Die Wetten, Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft*, VIII, 209) achou algo de verdadeiro no que escreveu H. THÖL, mas exigiu o interesse do apostador na veracidade do que afirma, à diferença do que se passa no jôgo, em que o interesse consiste na possibilidade do ganho (211). Assim, também, TH. HAGEMANN (*Praktische Erörterungen*, VIII, 396), antes de W. E. WILDA (cf. L. VON DER PFORDTEN, *Abhandlungen*, 330). Aliás, pode-se apostar que *deu* o número 10222 na loteria do dia 10, pois o que se afirma é o fato resultante do jôgo de loteria (sôbre isso, sem dar êsse exemplo, C. F. VON GERBER, *System des deutschen Privatrechts*, 193, e FELIX BRUCK, *über Spiel und Wette*, 69 s.).

O direito contemporâneo não distingue as regras jurídicas sôbre jôgo e as regras jurídicas sôbre aposta. Mesmo no direito penal, o que lhes importa é a verificação do azar. Quanto à distinção, a palavra *aposta* pode não corresponder, exatamente, à *sponsio* romana; porém isso não nos deve embaraçar a exposição. A procura dos elementos distintivos foi penosa. Ambos os negócios jurídicos são aleatórios, pôsto que A, que pouco sabe jogar, xadrez, jogue com B, que é campeão, ou C, que entende de máquinas, aposte com D, que nada conhece, não poder o carro chegar ao fim da viagem.

2. JÓGO E APOSTA, TEORIAS DE HOJE SÔBRE A DISTINÇÃO. – (a) A teoria do fim lúdico é a que vê jôgo tôdas as vêzes em que os figurantes esperam o resultado-condição por divertimento ou por diversão, ao passo que, na aposta, se supõe contraste de opinião, divergência de enunciados, de jeito que cada um dêles quer a confirmação do que enuncia (BENEVENUTUS STRACCHA, *Sponsionum Tractatus, Tractatus illustrium*, VI, I, 303; L. ENNECCERUS-H. LEHMANN, *Lehrbuch*, II, 11.^a ed., 699, e

14.^a ed., 752; CARLO ALBERTO FUNAIOLI, *Il Giuoco e la Scommessa*, 8 s.). Os dois propósitos não bastam para a distinção. O jôgo pode ser sem propósito de lucro nem de diversão; *e. g.*, por dever social. A aposta pode ser apenas para ganho ou diversão, sem que o apostador pense que tem razão: apostadores às vêzes dizem que apostam contra o que lhe parece, porque querem o “azar”.

Procurou-se caracterizar a diferença entre jôgo e aposta com a que existe entre a *causa ludendi* e a *causa lucrandi*, mas sem razão. A dívida patrimonial é reforço do interesse do jôgo e de modo nenhum o substitui; mesmo se o jôgo passa a ser fonte habitual de renda, porque aí a empresa é que preelide a *causa ludendi*, e não os jogadores. Para os jogadores desinteressados, esportivos ou não, a *causa lucrandi* desaparece, sem que desapareça o jôgo, a *causa ludendi*. Todavia, o sistema jurídico dificilmente se interessaria pela espécie. Dificilmente, dissemos; porque o jôgo, sem prêmio patrimonial, dentro de clube, ou entre clubes, pode dar ensejo a questão jurídica, fundada nos estatutos e nos programas, de jeito a ter de ser levada à Justiça. O jôgo para ser diversão não entra no mundo jurídico, mas isso não permite que só se pense em jôgo que entra no mundo jurídico se há *causa lucrandi*. A história está cheia de jogos sem prêmio, em que apenas se exige a proclamação lúdica (JÉRÔME CARCOPINO, *La Vie quotidienne à Rome*, 254). O medievo é rico de exemplos.

As críticas à primeira teoria argüem a distinção desce ao íntimo dos jogadores, aos motivos individuais.

(b) A *teoria da relevância do resultado* é a que distingue o jôgo e a aposta conforme a natureza do acontecimento que é a *condicio*. No jôgo, duas ou mais pessoas, iniciada a atividade, prometem pagar a soma de dinheiro ou outro bem ou parte do bem a quem vença. Na aposta, há a divergência de opinião e ganha a prestação quem, pela verificação, se saiba que tinha razão. Abstrai-se do propósito individual (diversão, passatempo, ou verificação de verdade de enunciados). Assim, por exemplo, AUBRY e RAU (*Cours de Droit Civil français*, 6.^a ed., 101), DOMENICO BARBERO (*Sistema istituzionale*, II, 3.^a ed., 659). GIORGIO DE SEMO (*Istituzioni di Diritto privato*, 4.^a ed., 585). Adverte-se que o figurante do contrato pode estar bem informado sobre o assunto e o seu gesto seja de aposta, e não de jôgo.

Além disso, pode haver aposta sem que o apostador tenha qualquer informe sobre o valor dos contendores (extraneidade da competição + ignorância de situação e qualidades). O assunto assaz se tolda quando se con-

sideram apostas ligadas a jogos (= entre não jogadores), que freqüentes na vida grega e na vida romana ressurgiram, absorventes, nos últimos séculos.

Tem-se de repelir a sugestão de G. F. PUCHTA (*Vorlesungen über das heutige römische Recht*, II, 88) de haver sucessivas apostas em todos os jogos. O jogador que joga a primeira carta apostaria; outra aposta faria ao jogar a segunda carta e assim por diante.

(c) A *teoria da participação do jogador* somente vê jôgo nos negócios aleatórios se os figurantes participam na causação do acontecimento de que resulta a vitória de algum ou de alguns deles. Se há atividade de outrem, ou fato inumano, há aposta, e não jôgo (BAUDRY-LACANTINERIE e WAHL, E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di Diritto civile*, V, 2, 5.^a ed., 382; MARCEL PLANIOL e GEORGES RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, 11, 2, 2.^a ed., 496; RENÉ DEKKERS, *Précis de Droit civil belge*, II, 719). É insustentável. ¿Como se haveria de ter como aposta, e não jôgo, a tómbola, a roleta, o jôgo de três cartas, o bacará? Onde o jôgo é de pura sorte, seria absurdo ver-se aposta somente porque o jogador não participará da atividade que leva ao resultado.

No jôgo, o que se põe em atividade é apenas a distribuição de elementos materiais que correspondam às pessoas que jogam: os números e cores da mesa de roleta, as cores ou letras de qualquer outro jôgo, as cartas que o próprio jogador escolhe ou traça, os dados que se lançam para que se computem os números ou se combinem as figuras para cada pessoa que os lança (sem que se afaste a possibilidade de uma só pessoa lançar para cada um dos jogadores, seja ela ou não jogador).

Na aposta, há *comunicação de conhecimento* (não de previsão), de modo que a verificação confirma, ou não confirma o que o apostador afirmou. Assim, as chamadas “apostas de corridas” são jogos, e não apostas.

Na *peleja* e no *torneio*, as pessoas lutam entre si e na contenda se exaure o conteúdo da *peleja*, ou do *torneio*. Nem sempre há o acôrdo para o contrato de jôgo, ou de aposta. A peleja ou torneio pertence ao suporte fáctico, mas pode ser interior, ou não, como se são outras pessoas as que jogam, ou apostam, ou se os próprios jogadores o fazem como se estranhos fossem (*e. g.*, o lutador romano, o boxeador, que mandou comprar bilhetes). É preciso que haja consenso entre os jogadores para que haja o jôgo. É preciso que haja consenso entre os que apostam para que haja aposta.

3. SUPORTE FÁCTICO DO CONTRATO DE JÓGO E DO CONTRATO DE APOSTA. — O acôrdo de vontades dos figurantes é elemento necessário, comum a todos os contratos. Outro é a promessa de prestação em dinheiro, ou noutro bem, móvel ou imóvel. O objeto há de ser determinado ou determinável, como se depende do número de jogadores fundo comum, se o contrato é plurilateral. Terceiro elemento é o risco a que os figurantes se expõem, uma vez que subordinaram a algum acontecimento a obtenção da vantagem. Se o acontecimento já se deu, o caso é de aposta, e não de jôgo. A incerteza pode ser apenas subjetiva, embora isso seja raro.

O contrato é oneroso. Todos os jogadores prestam. O ganhante recebe mais, o perdente podia ter recebido mais e foi a álea que o expôs a perder.

O suporte fático do contrato de jôgo completa-se com a conclusão. As paradas são adimplemento, adimplemento é a própria atividade de jogar, adimplemento é a entrega das paradas, ou do prêmio, ou a abstenção de qualquer ato contrário e que o ganhante apanhe o que êle ganhou.

Pode ocorrer que A faça a parada, que é de x , e B a sua, que também é de x , mas que haja B combinado com C e D ser dos três a sua parada. O figurante é B, e não C e D, sem que se afaste a possibilidade de o jôgo ser entre A e (B, C e D). De qualquer modo, o contrato, aí, é bilateral, e não plurilateral. Se não ocorre contrato entre A e (B, C e D), A nada tem com o que se passa entre B, C e D, necessariamente *outro* contrato (contrato de comunhão, quase sempre).

Quando os jogadores ou os apostadores fazem as suas paradas simultaneamente à conclusão do contrato de jôgo ou de aposta, tal simultaneidade é de prestações e em verdade o que há é imediatidade à conclusão. As vezes, os jogadores ou apostadores põem na mesa a parada antes de acordarem em que se jogue ou em que se aposte. Tal antecipação é apenas fática, não é conceptual. Conceptualmente, as paradas foram colocadas sobre a mesa *imediatamente* após o acôrdo, a conclusão do contrato.

Alguns jogos e algumas apostas exigem que a manifestação de vontade seja no momento da aquisição do bilhete, ou da ficha, ou da parada. Quem compra bilhete de loteria *consente* no momento mesmo de adquirir. O vendedor, que tinha o poder fático sobre o bilhete, podia ser apenas servidor da posse da empresa lotérica, ou representante, como poderia já ser dono do bilhete, já ter — portanto — consentido no jôgo e ter transferido a posição jurídica, que era sua, transmitindo a outrem a propriedade e a posse. Quem nega haver aí adimplemento desatende a que, em tais espécies, o contrato é *contrato real* e a incorporação do direito no bilhete tornou a

êsse título ao portador. (Não se diga que o caso é de *emptio spei*, como fizeram tantos juristas do passado, entre outros, CHR. WILDVOGEL, *Diss. de eo quod iustum est circa lottarias*, th. 26; D. G. STRUBEN, *Rechtliche Bedenken*, 409; TH. HAGEMANN, *Practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit*, 129 s.; CHR. FR. VON GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, 11,358.) Ora, a venda de bilhetes é negócio jurídico subjacente, justajacente ou sobrejacente ao negócio jurídico sobre a propriedade e a posse do título ao portador. Pode ser doação, ou outro negócio jurídico, a que se siga o acôrdo de transmissão da propriedade e da posse. O direito ao jôgo está incorporado ao título e com êsse se estabelece a legitimação ativa dos jogadores ou dos apostadores. Não há compra de esperança, *emptio spei*. Não há risco criado pelos figurantes quando se conclui *emptio spei*.

Muitas vezes, nos contratos plurilaterais de jôgo, ou de aposta, exige-se que, dentro de determinado tempo, ou até que se dê o sinal de encerramento, se façam as paradas. A cada parada entra no contrato a pessoa que a arremessou, ou entregou. O contrato é plurilateral com as aceitações sucessivas, de modo que se traça, conceptualmente, mais outra linha a cada arremêso ou entrega. O “vai fechar”, “um, dois, três!”, “atenção!”, seguido de pancada, significa que qualquer manifestação de vontade, simbolizada no arremêso ou no gesto de entrega, é fora de tempo. O contrato de jôgo ou de aposta concluiu-se com tantos lados quantas foram as paradas tempestivas.

Porém nem sempre se exige que seja contrato real o contrato de jôgo ou de aposta, razão por que se têm de repelir as atitudes doutrinárias que não atendem à diferença entre as espécies no tocante ao suporte fático.

Se a espécie de jôgo ou de aposta é de números ou outros sinais a cada um dos quais só um jogador ou apostador corresponda, a manifestação de vontade do jogador ou do apostador está restrita à escolha dentre os números restantes ou dentre os outros sinais restantes. Se tal não ocorre, dois ou mais podem tomar o mesmo número ou sinal, ou pôr as suas paradas no mesmo lugar.

A empresa pode lançar as ofertas de modo que jogue ou aposte com todos os números ou sinais não tomados. Pode só se reservar alguns números ou sinais, ou fazer a extração depender de serem preenchidos todos os números ou outros sinais, com aviso prévio para a data da extração. Não pode deixar de tornar conhecido o que restava para ser tomado, salvo se implicitamente ou explicitamente o tem como seu.

4. TÉCNICA DO JÓGO. – Em todo o jôgo, por mais simples que seja, há técnica. Há simples regras lúdicas com que se compõe o jôgo. Tais regras quase sempre resultam de usos e costumes, que grupos alteram em sentido de aperfeiçoamento, ou de simplificação, ou de agravamento das exigências de atenção. As regras estruturais do jôgo distinguem-se das regras-conselhos, das regras sôbre a maneira com que há de proceder o jogador para poder chegar ao resultado que deseja ou para aumentar-lhe as probabilidades de vencer. As regras da primeira espécie são extrajurídicas, a despeito de servirem ao conceito de cada jôgo, mas podem ser inseridas em lei, ou em regulamento, ou em estatutos, como parte do ordenamento jurídico, e não como ordenamento jurídico autônomo. Se o juiz pode aplicar regras estatutárias como regras jurídicas, é que essas regras se integraram no sistema jurídico, a despeito da secundariedade das pessoas jurídicas a cuja organização e vida elas servem. Desde que a observância de regra estatutária é necessária à produção de eficácia jurídica, ou a regra é negocial ou é outro degrau do ordenamento jurídico. Decorre da sua incidência a conclusão do negócio jurídico; portanto, ou é elemento do suporte fático, ou cai sôbre êsse, colorindo-o.

5. JÓGO E PENALIDADES. – No Decreto-lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941, art. 50, considera-se *contravenção penal*, relativa à polfícia de costumes, estabelecer-se ou explorar-se jôgo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem êle. A pena é aumentada de um terço se existe entre os empregados ou participa do jôgo pessoa menor de dezoito anos (art. 50, § 1.º). Incorre em multa quem é encontrado a participar do jôgo, como ponteiro ou apontador (art. 50, § 2.º).

Consideram-se *jogos de azar*: *a*) o jôgo em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte; *b*) as apostas sôbre corridas de cavalos fora do hipódromo ou de local onde sejam autorizadas; *c*) as apostas sôbre qualquer outra competição esportiva (Decreto-lei n. 3.688, art. 50, § 3.º). Equiparam-se, para os efeitos legais, a lugar acessível ao público: *a*) a casa particular em que se realizam jogos de azar, quando dêles habitualmente participam pessoas que não sejam da família de quem a ocupa; *b*) o hotel ou casa de habitação coletiva, a cujos hóspedes e moradores se proporciona jôgo de azar; *c*) a sede ou dependência de sociedade ou associação, em que se realiza jôgo de azar; *d*) o estabelecimento destinado à exploração de jôgo de azar, ainda que se dissimule êsse destino (art. 50, § 4.º).

Também é contravenção penal promover ou fazer extrair loteria, sem autorização legal (Decreto-lei n. 3.688, art. 51). Incorre na mesma pena quem guarda, vende ou expõe à venda, ou tem sob sua guarda para o fim de venda, introduz ou tenta introduzir na circulação bilhete de loteria não autorizada (art. 51, § 1.º). Considera-se loteria tôda operação que, mediante a distribuição de bilhetes, listas, cupões, vales, sinais, símbolos ou meios análogos, faz depender de sorteio a obtenção de prêmio em dinheiro ou bens de outra natureza (art. 51, § 2.º). Não se incluem nessa classe os sorteios autorizados na legislação especial (art. 51, § 3.º). Sôbre clubes de mercadorias, Decreto-lei n. 7.930, de 3 de setembro de 1945.

Também é contravenção penal introduzir no país, para o fim de comércio, bilhete de loteria, rifa ou tómbola estrangeira (Decreto-lei n. 3.688, art. 52). Idem, expor à venda, ter sob sua guarda para o fim de venda, introduzir ou tentar introduzir na circulação, bilhete de loteria estrangeira (art. 52, parágrafo único). É contravenção penal introduzir, para o fim de comércio, bilhete de loteria estadual em território onde não possa legalmente circular (art. 53); bem assim, vender, expor à venda, ter sob sua guarda para o fim de venda, introduzir ou tentar introduzir na circulação bilhete de loteria estadual, em território onde não possa legalmente circular (art. 53, parágrafo único).

O Decreto-lei n. 3.688, art. 54 e parágrafo único, ainda considera contravenção penal exhibir ou ter sob sua guarda lista de sorteio de loteria estrangeira, ou exhibir ou ter sob sua guarda lista de sorteio de loteria estadual, em território onde essa não possa legalmente circular.

É contravenção penal: imprimir ou executar qualquer serviço de feitura de bilhetes, lista de sorteio, avisos ou cartazes relativos a loteria, em lugar onde ela não possa legalmente circular (art. 55); distribuir ou transportar cartazes, listas de sorteio ou avisos de loteria, onde não possa legalmente circular (art. 56); divulgar, por meio de jornal ou outro impresso, de rádio, cinema, ou qualquer outra forma, ainda que disfarçadamente, anúncio, aviso, ou resultado de extração de loteria, onde a circulação dos seus bilhetes não seja legal (art. 57); explorar ou realizar a loteria denominada jôgo do bicho, ou praticar qualquer ato relativo à sua realização ou exploração (art. 58), ou participar da loteria, para obter prêmio para si ou para terceiro (art. 58, parágrafo único). Cf. Lei n. 1.508, de 19 de dezembro de 1951.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 4.902. A – Legislação

As disposições da Lei das Contravenções Penais (Dec.-lei 3.688/1941) encontram-se em vigor. Assim também a Lei 1.058/1951, que regula o procedimento de algumas das contravenções penais que envolvem jogo de azar.

§ 4.902. B – Doutrina

A distinção entre jogo e aposta segundo a qual no primeiro caso suas regras exigem alguma participação e habilidade dos contratantes e no segundo pode haver ou não conhecimento, porém o resultado é independente da participação dos contratantes, resta assentada na doutrina contemporânea. Da mesma forma, o caráter oneroso do contrato de jogo merece acolhimento.

§ 4.902. C – Jurisprudência

Eventual autorização administrativa não elide a natureza de contravenção penal do jogo de azar, fixada por lei, não configurando causa que impeça a apreensão dos meios para sua realização (STJ, RMS 15.532/MG, 2.ª T., j. 09.06.2009, rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 21.08.2009).

Títulos de capitalização representam espécies de contrato disciplinados em lei, não caracterizando jogos de azar proibidos (TRF-5.ª Reg., AgIn 0023030-10.2008.4.05.0000, 4.ª T., j. 17.03.2009, rel. Marcelo Navarro, *DJ* 17.04.2009).

gador. Segundo esse entendimento, permitir-se que tal ocorra é que constituiria violação da ordem pública (TJDF, EI 4492197, 2.ª Câm. Civ., j. 14.10.1998, rel. Adelith de Carvalho Lopes, *DJ* 10.02.1999).

No caso das loterias autorizadas, o bilhete de loteria constitui-se título não nominativo, que observa o princípio da literalidade, de modo que não cabe perquirir-se sobre o propósito do jogador (STJ, REsp 902.158/RJ, 4.ª T., j. 06.04.2010, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 26.04.2010; AgRg no REsp 1187972/DF, 3.ª T., j. 02.09.2010, rel. Min. Vasco Della Giustina, *DJ* 01.10.2010; REsp 960.284/RS, 3.ª T., j. 24.06.2008, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJ* 05.08.2008). Contudo, na hipótese da perda do bilhete, admitem-se todos os meios de prova para que o interessado demonstre sua qualidade de ganhador (STJ, REsp 717.507/PE, 3.ª T., j. 15.12.2009, rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* 18.12.2009). Todavia, observa-se precedente no sentido de indicar a responsabilidade da Caixa Econômica Federal no caso de falha da lotérica credenciada no registro e envio da aposta (STJ, REsp 803.372/SP, 4.ª T., j. 12.09.2006, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, *DJ* 02.10.2006).

Tratando-se de jogo lícito, a dívida feita é exigível e passível de execução, não se aplicando a regra que infirma a inexigibilidade da dívida de jogo, prevista no Código Civil (STJ, REsp 1070316/SP, 3.ª T., j. 09.03.2010, rel. p/ acórdão Min. Massami Uyeda, *DJ* 03.08.2010).

Eventual autorização administrativa não elide a natureza de contravenção penal do jogo de azar, fixada por lei, não configurando causa que impeça a apreensão dos meios para sua realização (STJ, RMS 15.532/MG, 2.ª T., j. 09.06.2009, rel. Min. Herman Benjamin, *DJ* 21.08.2009). Da mesma forma, mesmo sendo jogo permitido, a licitude da conduta submete-se aos estritos limites da autorização legal (STF, HC 80908, 2.ª T., j. 23.10.2001, rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* 29.08.2003).

Retira-se, ainda, que já decidiu a jurisprudência que títulos de capitalização representam espécies de contrato disciplinados em lei, não caracterizando jogos de azar proibidos (TRF-5.ª Reg., AgIn 0023030-10.2008.4.05.0000, 4.ª T., j. 17.03.2009, rel. Marcelo Navarro, *DJ* 17.04.2009).

§ 4.903. ESPÉCIES DE JÓGO

1. LICITUDE E ILICITUDE. – Sempre se procurou distinguir do jogo lícito o jogo ilícito, mas, na profundidade, havia discussão sobre a licitude (moral) do próprio jogo e da aposta, mais daquele do que dessa. Os próprios teólogos não se acordaram, sendo uns irredutíveis no apontarem o jogo como algo de diabólico; outros, mais propensos à pesquisa da técnica de cada jogo para se saber a dose de azar; outros, finalmente, atentos, com simpatia, à fusão esportiva, a algo de beleza que há no jogo.

A distinção entre *jogos proibidos* ou *apostas proibidas*, *jogos permitidos* (ditos tolerados) ou *apostas permitidas* (ditas toleradas) e *jogos regulados* (ditos autorizados) ou *apostas reguladas* (ditas autorizadas) é

§ 4.904. NEGÓCIOS JURÍDICOS PARECIDOS COM O JÓGO E A APOSTA

1. RAZÕES DE PARECENÇA. – Como um dos negócios jurídicos aleatórios, o contrato de jogo e o contrato de aposta têm similares e não raro as semelhanças, que se apontam, são superficiais. Duas pessoas, que pintam, e se interessam por fazer, para o dia do aniversário do clube, retratos de alguém, retratos que os visitantes vão apreciar, comparar e julgar, para o prêmio que se vai dar ao que maior número de votos obtenha, não estão

a jogar, nem a apostar: concorrem. O concurso, que se concluiu, em vez de ser por manifestação unilateral de vontade (Código Civil, arts. 1.516 e 1.517), pode ser contrato entre o clube e as duas pessoas convidadas para o trabalho de pintura.

2. CONTRATO DE FORNECIMENTO E LOTERIA. – O contrato pelo qual alguém se vincula a entregar mercadorias ou valores dentro de determinado prazo, ou em determinado dia, a preço estipulado, é *contrato de fornecimento*, contrato de abastecimento, que se há de classificar como de contrato de compra-e-venda. As regras jurídicas sobre jôgo e aposta não são invocáveis, mesmo se se introduz algum elemento de álea, como se a quantidade é difícil de obter-se diante dos dados conhecidos sobre a produção, ou se depende de permissões de importação ou de exportação.

Se os contraentes, conforme cláusula expressa ou tácita, explícita ou implícita, convencionaram que não se prestaria a mercadoria, ou o valor, mas apenas a diferença entre o preço convencionado e o *preço corrente* a certo momento ou o preço do mercado ou da bolsa, no dia fixado (*diatipo*), há *negócio jurídico de diferença*, ou *contrato de diferença*. O vendedor presta a diferença, se o preço subiu; presta-a o comprador, se baixou. As vezes, os contraentes. A diferença, conforme o que se convencionou, é entre o preço de que se cogita e o preço que resultará de outro negócio jurídico que ainda se vai concluir (*e. g.*, venda, se o contrato anterior foi de compra). Com isso, evita-se o inconveniente do importe da assunção da dívida do outro contrato, ou da insuficiência do preço do negócio jurídico posterior.

3. JÔGO E CONTRATO CONDICIONADO. – O contrato de jôgo não se confunde com o contrato condicionado. No contrato condicional, a eficácia do contrato está dependente do evento, ou para começar (condição suspensiva), ou para cessar (condição resolutiva). No contrato aleatório, que é o jôgo, o contrato já é eficaz e não se resolve nem se resile pelo acontecimento, que faz a álea. O velho erro de se considerar contrato sob condição o de aposta (*e. g.*, PETRUS SANTERNA, *De assurationibus et sponsionibus, Tractatus illustrium*, IV, 1, 351) foi corrigido há muito (L. GUILLOUARD, *Traité des Contrats aléatoires et du Mandat*, 14; CARLO MANNENTI, *Del Giuoco e della Scommessa, Commentario de F. GLÜCK*, 786; GEORG BODE, *Spiel und Wette nach dem BGB.*, 9; ainda errado, H. MENDEL, *Spiel und Wette*, 27 s.)

4. JÔGO E “EMPTIO SPEI”. – Na *emptio spei*, compra-se a esperança, o fruto ou o peixe que talvez se obtenha. Sobre ela, Tomo XXXIX, §§ 4.266, 2, e 4.272, 3. No jôgo e na *emptio spei* há esperança, sem que haja o fim de se evitar possível dano, como ocorre no contrato de seguro. No jôgo, o risco é o mesmo (ou quase o mesmo) para todos os figurantes. Na *emptio spei*, o risco é para o comprador, pôsto que não se possa negar que o vendedor também vende a esperança. A aleatoriedade não é a mesma do jôgo. No jôgo, todos os jogadores prestam; um ou alguns ganham: a álea está aí.

5. JÔGO, APOSTA E SEGURO. – No jôgo e na aposta, todos fazem a parada. No seguro, o segurado paga o prêmio, o segurador vincula-se a indenizar o dano que o sinistro produza, assim como na *emptio spei* o comprador paga o preço convencionado e o vendedor promete prestar o que venha a existir.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 4.904. A – Legislação

Os arts. 1.516 e 1.517 do CC/1916, que disciplinavam o concurso como manifestação unilateral de vontade foram reproduzidos pelos arts. 859 e 860 do CC/2002.

§ 4.904. B – Doutrina

Não se confunde a compra e venda cujo preço é subordinado à fixação futura com o contrato de jogo e aposta. A variação do preço, aliás, é admitida pelo próprio art. 487 do CC/2002. Da mesma forma o contrato de condição não é jogo ou aposta, uma vez que apenas parte de sua eficácia subordina-se a evento futuro ou incerto (art. 122 do CC/2002), que pode ser suspensivo ou resolutivo, conforme faça deflagrar ou extinguir efeitos. Por fim, é a aleatoriedade que aproxima o jogo e a aposta do seguro. Todavia, distinguem-se as posições do segurado e do segurador. O segurado não pode participar, a qualquer título da realização do evento cuja incerteza marca o contrato, sob pena de impedir que se produza a eficácia esperada – o direito à indenização (arts. 762 e 768 do CC/2002). O segurador vincula-se à prestação, e em geral não tem como atuar de modo a promover ou evitar sua ocorrência.

Com relação aos denominados contratos diferenciais, ou negócios jurídicos de diferença, observe-se que o art. 1.479 do CC/1916 determinava expressamente sua equiparação a jogo, e conseqüente aplicação da disciplina legal correspon-

dente. O art. 816 do CC/2002 orienta-se no sentido contrário, vedando expressamente a aplicação das normas sobre jogo aos contratos sobre títulos de bolsa, mercadorias ou valores, em que se estipule a liquidação exclusivamente pela diferença entre o preço ajustado e o da cotação no vencimento.

§ 4.904. C – Jurisprudência

No caso das loterias autorizadas, o bilhete de loteria constitui-se título não nominativo, que observa o princípio da literalidade, de modo que não cabe perquirir-se sobre o propósito do jogador (STJ, REsp 902.158/RJ, 4.ª T., j. 06.04.2010, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 26.04.2010; AgRg no REsp 1187972/DF, 3.ª T., j. 24.06.2008, rel. Min. Vasco Della Giustina, *DJ* 01.10.2010; REsp 960.284/RS, 3.ª T., j. 24.06.2008, rel. Min. Nancy Andriighi, *DJ* 05.08.2008). Contudo, na hipótese da perda do bilhete, admitem-se todos os meios de prova para que o interessado demonstre sua qualidade de ganhador (STJ, REsp 717.507/PE, 3.ª T., j. 15.12.2009, rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* 18.12.2009). Todavia, observa-se precedente no sentido de indicar a responsabilidade da Caixa Econômica Federal no caso de falha da lotérica credenciada no registro e envio da aposta (STJ, REsp 803.372/SP, 4.ª T., j. 12.09.2006, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, *DJ* 02.10.2006).

§ 4.905. NEGÓCIOS JURÍDICOS DE DIFERENÇA

1. CONCEITO. – Lê-se no Código Civil, art. 1.479: “São equiparados ao jogo, submetendo-se, como tais ao disposto nos artigos antecedentes, os contratos sobre títulos de Bolsa, Mercadorias ou Valores, em que se estipule a liquidação exclusivamente pela diferença entre o preço ajustado e a cotação que eles tiverem, no vencimento do ajuste”. No mesmo sentido, o Código Civil alemão, § 764, e o Código suíço das Obrigações, art. 513, 2.ª alínea. Na Lei n. 354, de 16 de dezembro de 1895, art. 4.º, cogitou-se dos negócios jurídicos pelos corretores. O art. 1.479 somente se refere às operações diretas entre os figurantes, ou por intermediários, sem a atividade do corretor conforme a legislação especial.

Aqui, só nos hão de interessar o *conceito* e a *natureza do negócio jurídico de liquidação*. Dos negócios de bolsa trataremos no lugar próprio, quando expusermos o direito sobre os negócios bancários e bolsísticos.

Os *negócios de bolsa a termo* (Börsentermingeschäfte) são negócios jurídicos de compra-e-venda e outros negócios de aquisição de valores ou

que torna inexigível o pagamento (TJRS, ApCiv 70012667978, 6.ª Câmara, j. 19.10.2006, rel. Ney Wiedemann Neto). A inexigibilidade se estende a cheques ou títulos emitidos para garantir ou adimplir (TJRS, ApCiv 70012439170, 18.ª Câmara, j. 31.08.2006, rel. André Luiz Planella Villarinho). A jurisprudência, nesse aspecto a indica como espécie de obrigação natural (STJ, REsp 822922/SP, 3.ª T., j. 06.03.2008, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJe* 01.08.2008). No caso de jogo permitidos/autorizados por lei, todavia, a regra é da exigibilidade (TJSP, ApCiv 0095814-30.2009.8.26.0000, 21.ª Câmara de Direito Privado, j. 19.05.2010, rel. Maurício Ferreira Leite; ApCiv 9079110-56.2004.8.26.0000, 16.ª Câmara de Direito Privado, j. 06.05.2008, rel. Windor Santos).

O recebimento do prêmio no contrato de jogo obriga o pagamento do imposto de renda (STJ, AgRg no REsp 799.957/RS, 2.ª T., j. 18.12.2008, rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 13.03.2009).

§ 4.907. FALTA DE PRETENSÃO E DE AÇÃO

1. DIREITO SEM PRETENSÃO E IRREPETIBILIDADE DO QUE FOI PAGO. – Diz o Código Civil, art. 1.477: “As dívidas de jogo, ou aposta, não obrigam a pagamento; mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdente é menor, ou interdito”. E o parágrafo único: “Aplica-se esta disposição a qualquer contrato que encubra ou envolva reconhecimento, novação ou fiança de dívidas de jogo; mas a nulidade resultante não pode ser oposta ao terceiro de boa fé”.

Quando se tem de interpretar o art. 1.477, 2.ª parte, do Código Civil, surge logo a questão de se saber o que é que se há de entender por *pagamento voluntário* (*verbis* “a quantia, que voluntariamente se pagou”). A entrega do dinheiro ou do bem jogado, essa, não oferece dúvida. A dação em soluto é pagamento. A compensação pagamento é. A transação pode pagar. O art. 1.477, parágrafo único, alude à novação. O depósito em consignação extingue a dívida de jogo, se o devedor não mais o pode levantar. O problema estava no atribuir-se ou não a eficácia solutiva ao depósito antecipado em mão de terceiro, ou na mesa de jogo. Vencendo, o jogador poderia levá-lo, pois automaticamente seria seu. Assim pensavam alguns autores e alguns ainda assim pensam (*e. g.*, G. PLANCK, *Kommentar*, II, 2, 4.ª ed., 1370; LEBRUN, *Encyclopédie Juridique Dalloz*, verbo *Jeu-pari*, 5). Sem razão: antecipar, aí, é fazer a parada, dar garantia, mas a própria fiança de dívidas de jogo foi atacada e a solução está, *de lege lata*, no art. 1.477, parágrafo único, do Código Civil.

O art. 1.477, 1.^a parte, do Código Civil não abstrai de ser proibido, ou não, o jogo ou a aposta. Se o jogo é proibido, o contrato é *nulo*, por ilicitude: não nasce a ação, nem a pretensão, nem a própria dívida. Se não é proibido, nasce a dívida, porém não a pretensão, nem a ação. Leis especiais permitem jogos e apostas, de modo que lhes nasçam, além da dívida, a pretensão e a ação.

Quanto à ação de repetição, o jogador ou o apostador de jogo proibido ou de aposta proibida teria de alegar o ilícito, “proibido por lei”. Há argumento *a fortiori* a favor da irrepetibilidade.

Não devemos, portanto, reproduzir o que se escreve alhures sobre as regras jurídicas sobre a *denegatio actionis* e a *soluti retentio*, como as do art. 1.477 do Código Civil, quanto a se referirem, indistintamente, a jogos proibidos e a jogos não-proibidos, a apostas proibidas e a apostas não-proibidas. As causas das duas *denegationes actionis* e das duas *soluti retentiones* são diferentes. Uma resulta da lei; outra, da regra da irrepetibilidade do ilícito. Se o jogo não é proibido, ou se a aposta não é proibida, fazem-se mister regras jurídicas como as do art. 1.477, com que se toma atitude na solução de problemas milenares.

A favor do Código Civil, art. 1.477, observemos que pagamento há se há dívida. Se há nulidade do negócio jurídico, não há dívida: o pagamento seria injustificado. Contudo, há, na espécie, o plus da ilicitude.

2. JOGOS E PRESTAÇÃO DO GANHANTE. — Os jogos vedados compõem contratos *nulos*. Não há a repetibilidade do que foi prestado porque o contrato existiu, embora inválido e ineficaz, e a irrepetibilidade resulta da ilicitude. Supõe-se que ao suporte fáctico algo falta, que é deficiente, pelo ilícito que se introduz; porém não se reputou insuficiente para entrar no mundo jurídico o negócio.

Os jogos não-vedados, êsses, por seu suporte fáctico sem deficiência, são negócios jurídicos a que somente falta algo da eficácia (a pretensão, a ação). Compreende-se, pois, que haja a *soluti retentio*. Aí, basta haver a dívida, pois que se pagam dívidas a que faltam pretensão e ação e dívidas de que está prescrita a pretensão. Não se precisa aludir a dívida de honra, ou outro conceito equivalente. O legislador apenas reputou a dívida de jogo não merecedora de pretensão e de ação.

Pode-se dizer que em nenhum caso de jogo proibido há ação para que o perdente adimpla. Não há ação, porque não há pretensão; e não há pretensão porque não há dívida. De negócios jurídicos nulos não se irradia

eficácia. Não seria preciso que se redigisse regra jurídica como a do art. 1.477 do Código Civil para que não existisse a acionabilidade. Se ela fôsse explícita seria redundante, com o inconveniente de misturar a inacionabilidade em virtude de não haver dívida e a inacionabilidade pela *ratio legis* do art. 1.477. A regra jurídica, que se edictou, foi para que se limitasse a tutela jurídica dos contratos de jogo ou de aposta. O sistema jurídico tutela os jogos não-proibidos e os jogos que a lei mesma regulou: a êsses não estende a inacionabilidade, porque seria contraditório regular o jogo ou a aposta e tornar inacionável a dívida. Portanto, o problema de técnica legislativa somente concernia àquêles contratos de jogo não-proibido e não regulado em lei.

(No Código Civil italiano, art. 1.933, 1.^a alínea, há referência a jogos não proibidos, que turva, profundamente, a interpretação da regra jurídica. Lá está dito: “Non compete azione per il pagamento di un debito di giuoco o di scommessa, anche se si tratta di giuoco o de scommessa non proibiti”. Ora, a ação de cobrança não existiria, em caso de jogo proibido, ou de aposta proibida, mesmo se a regra jurídica do art. 1.933, 1.^a alínea, do Código Civil italiano não existisse. A necessidade da regra jurídica, *de lege ferenda*, somente ocorre na segunda espécie, isto é, “se si tratta de giuoco o di scommessa non proibiti”. Quem leia o art. 1.477, 1.^a parte, do Código Civil brasileiro logo percebe que se não cogitou do contrato *nulo*, quer de jogo quer de aposta, pois que se alude a “dívida”, e do contrato nulo não se irradia dívida. Mais acertada foi essa atitude, que evita discussões infrutíferas como as que surgem na doutrina italiana em torno da palavra “anche”, quanto *a*) a ter função conjuntiva, ou *b*) estar em lugar de “sebbene”, sendo nulos os contratos de jogos proibidos. Como em *b*), por exemplo, FRANCESCO MESSINEO, *Manuale di Diritto civile e commerciale*, III, I, 199; ANDREA TORRENTE, *Manuale di Diritto privato*, 3.^a ed., 879.)

Quanto aos jogos proibidos, é óbvio que como tais se tenham todos os jogos de cuja conclusão resulte crime ou contravenção penal. Apenas aparece o problema de se saber se fora dêsses há jogos proibidos. Se, não sendo crime nem contravenção penal o jogo ou aposta, pode haver ilicitude do jogo ou da aposta, o conceito de ilicitude ultrapassa o de criminalidade do jogo e da aposta. Haveria contratos de jogo ou de aposta que seriam nulos sem ser crime ou contravenção penal a conclusão dêles. Não seria de admitir-se que o figurante de contrato de jogo ilícito ou de aposta ilícita fôsse legitimado a exigir o prêmio, mas há objeção mais radical: é que,

sendo nulo o contrato, pretensão não há, porque não há dívida. Pode haver contrato de jogo ou de aposta, que seja nulo, sem consistir em infração de lei penal. Aí, há ilicitude, que a doutrina do direito privado pode apontar, sem que o legislador penal tenha considerado digna de sanção penal.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 4.907. A – Legislação

O disposto no art. 1.477 do CC/1916 é mantido com alterações de redação no art. 814 do CC/2002.

§ 4.907. B – Doutrina

A distinção entre jogos proibidos e não proibidos sugeridos por Pontes de Miranda é admitida na doutrina, especialmente para distinguir entre situação na qual a ausência de efeito e a irrepetibilidade do pagamento decorre de previsão legal expressa, e outra na qual há negócio ilícito.

De destacar-se, igualmente, a possibilidade da ilicitude não ser necessariamente decorrente de previsão na legislação penal, admitindo-se proibição que decorra da norma civil. A ausência de pretensão, contudo, não se estende aos jogos autorizados pela lei, em que há pretensão, em face da contrariedade que decorreria de admitir-se e regular o jogo ou aposta, mas negar-lhe os efeitos. A legislação brasileira observa esta lógica, por exemplo, no tocante às loterias, em que expressamente se fixa o direito e prazo de prescrição dos prêmios, em 90 dias da data da extração (art. 17 do Dec.-lei 204/1967).

§ 4.907. C – Jurisprudência

Vide § 4.906. C.

§ 4.908. IRREPETIBILIDADE (“SOLUTI RETENTIO”) E FALTA DE AÇÃO DE ENRIQUECIMENTO INJUSTIFICADO

1. CÓDIGO CIVIL, ART. 1.477, 2.ª PARTE. – Quanto à 2.ª parte do art. 1.477 do Código Civil, a irrepetibilidade só se refere aos negócios jurídicos tolerados (não-proibidos), sem que se diga repetível o que se “pagou”

por afirmada “dívida” oriunda de jogo ou de aposta que a lei proíbe. Aí a irrepetibilidade é derivada de ser *ob turpem causam* o contrato. Por isso mesmo, a autoridade pública pode, se a lei disso cogita, apreender as paradas, inclusive os prêmios já pagos.

O que se supõe no art. 1.477, 2.ª parte, do Código Civil é que exista dívida; portanto, que não seja nulo o contrato de jogo ou de aposta. O contrato existe e não é nulo (pode ser que seja anulável); irradiou-se a dívida e irradiar-se-iam a pretensão e ação se não houvesse as regras jurídicas do art. 1.477. A regra jurídica do art. 1.477, 1.ª parte, mutila a dívida, pre-excluindo a pretensão e a ação. A despeito disso, uma vez que dívida há, pode ser voluntariamente solvida. Se o foi, há a *soluti retentio*.

O art. 1.477, 2.ª parte, do Código Civil não poderia ser invocado a propósito de contratos nulos de jogo ou de aposta, porque o que se pagasse seria pagamento injustificado, porque dívida não havia. A nulidade não só resulta de ilicitude. Se o contrato de jogo ou de aposta é nulo, sem ser porém ilícito, há repetibilidade, porque há a restauração do estado anterior. O problema está em se saber se, em se tratando de contrato de jogo ilícito ou de aposta ilícita, há repetibilidade do que foi voluntariamente pago. Não se há de referir o art. 1.477, 2.ª parte, do Código Civil, porque essa regra jurídica, conforme ficou dito, nada tem com o assunto. De *soluti retentio* não se pode falar, porque não houve *solutio*: solução só há quando se paga o que se deve.

2. ALCANCE DO ART. 1.477, 1.ª E 2.ª PARTES. – O corte que o art. 1.477, 1.ª parte, do Código Civil faz à dívida de jogo ou de aposta, a despeito de ser válido o contrato, deixa a dívida sem pretensão e ação. É a dívida mutilada, tendo os juristas aludido a *obligatio naturalis* (e. g., GIUSEPPE MIRABELLI, *Contratti speciali*, 482; EMILIO VALSECCHI, *Giuoco e Scommessa, Trattato di Diritto civile e commerciale* de A. CICU e F. MESSINEO, 32, II, 25 s.; CALOGERO GANGI, *Le Obbligazioni*, 85). A alusão é desnecessária, porque o corte é da lei.

Pensou-se em que as dívidas oriundas do jogo e da aposta, em si, são *ob turpem causam* e em que, no fundo, se atendeu ao brocardo *In pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis* (LEBRUN, *Encyclopédie juridique Dalloz*, verbis *Jeu-pari*, 4; RENÉ DEKKERS, *Précis de Droit Civil belge*, II, 722; FRANCESCO FERRARA, *Teoria del Negozio illecito*, 2.ª ed., 137; FRANCESCO SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generale del Diritto Civile*, 186). Ora, se há ilicitude, há nulidade; se há nulidade, não há efeitos,

Se o terceiro paga, sem ir contra o perdente, ou se o perdente paga sem ir contra o ganhante, o pagamento está feito, e não há repetibilidade.

Se o perdente subscreveu letra de câmbio, da qual foi tomador o ganhante, e o sacado não aceita ou não paga, tem o perdente a exceção de jôgo ou de aposta se o ganhante vai contra êle pela não-aceitação ou o não-pagamento.

Tratando-se de cheque, o perdente não pode retirar a provisão para que o ganhante não receba.

5. ANULAÇÃO DO CONTRATO DE JÔGO OU DE APOSTA. – O contrato de jôgo ou de aposta, se não é nulo, pode ser anulado por incapacidade relativa do jogador ou do apostador, ou por erro, dolo, coação, simulação ou fraude contra credores (Código Civil, art. 147, I e II). Não há efeito da invalidade antes do trânsito em coisa julgada (art. 152). O assunto sômente interessa em casos de jogos permitidos (não-proibidos), tendo havido o pagamento pelo perdente (art. 1.477, 2.^a parte). A anulação permite a repetição, porque não mais há contrato de jôgo ou de aposta que pudesse ser elemento do suporte fáctico do art. 1.477, 2.^a parte. O pagamento há de ter sido, em caso de anulabilidade, *antes* de poder ter-se como ratificativo (Código Civil, arts. 148 e 150; cp. LUIGI CARIOTA-FERRARA, *Il Negozio giuridico nel diritto privato italiano*, 355).

6. DOLO DO GANHANTE E PERDA PELO MENOR OU INTERDITO. – O art. 1.477, 2.^a parte, do Código Civil faz repetível o que voluntariamente se pagou se houve dolo do credor, dolo de que resultou o ato do perdente.

Se o perdente era absoluta ou relativamente incapaz ao tempo do pagamento, há repetibilidade. Se era absolutamente incapaz ao tempo da conclusão do contrato de jôgo ou de aposta, o caso é de nulidade do contrato, e não de invocação do art. 1.477, 2.^a parte. Se o perdente era relativamente incapaz ao tempo da conclusão do contrato, o contrato é anulável, salvo no caso do art. 155 do Código Civil, e o pagamento por êle ainda relativamente incapaz permite a repetição. Aliás, mesmo se era válido e a incapacidade só existia ao tempo do pagamento.

7. CESSÃO DO CRÉDITO E DEPÓSITO EM CONSIGNAÇÃO. – O crédito, a que se alude no art. 1.477, parágrafo único, do Código Civil existe; não existem a pretensão e a ação. Se o ganhante cede o crédito, tal cessão de crédito sômente tem eficácia se o terceiro estava de boa fé. A cessão de cré-

dito é eficaz se o devedor foi notificado conforme o art. 1.069 do Código Civil e não opôs a exceção, e o cessionário estava de boa fé. O perdente, devedor cedido, se paga ao cessionário, não pode repetir dêsse; nem o cedente, o que o credor cedente recebeu do terceiro de boa fé ou de má fé. Se o cessionário não estava de boa fé, isto é, se sabia que se tratava de dívida de jôgo, ou de aposta, a notificação ao devedor não vincula o perdente a pagar ao cessionário. Aí, não houve a eficácia da cessão em relação ao cessionário. Se o cessionário estava de má fé, o cedente não responde pela solvência do devedor. O devedor pode sempre opor ao cessionário a ineficácia da cessão. Notificado, mesmo se de boa fé o cessionário, pode opor ser mutilado o crédito, e não poder ser exigido. O cessionário de boa fé tem ação contra o cedente para exigir o pagamento com fundamento no art. 1.073.

O depósito em consignação, feito pelo perdente, pode ser levantado enquanto o ganhante não declara aceitar o depósito (Código Civil, art. 977).

8. NEGÓCIOS JURÍDICOS CONCLUÍDOS PARA SE ADIMPLIR DÍVIDA DE JÔGO OU DE APOSTA. – Aqui, o que se há de considerar não é o contrato de jôgo, ou de aposta, mas o negócio jurídico concluído para se adimplir dívida de jôgo ou de aposta. Houve a relação jurídica de jôgo, ou de aposta, da qual – *ex hypothesi* – se irradiou a dívida de jôgo ou de aposta. Cogita-se de contrato com que se pague a dívida. Não está em exame o contrato nulo, porque êsse não gera dívidas. Não se tem, portanto, de considerar o contrato de jôgo proibido, ou de aposta proibida. O vencido deve ao vencedor. Êsse não tem pretensão nem ação, de modo que não pode exigir. O art. 1.477 não é invocável, porque só se refere ao contrato de jôgo ou de aposta.

O que se pergunta, no fundo, é se o contrato para adimplemento é digno de tutela jurídica plena. A resposta negativa, ou considera que a regra jurídica do art. 1.477, 1.^a parte, tem de ser respeitada, mesmo em caso de negócio jurídico posterior, porque, não no sendo, há *fraus legis*, ou tem o negócio jurídico posterior como alcançado pela lei (e. g., MARCEL PLANIOL-GEORGES RIPERT, *Traité élémentaire*, II, 3.^a ed., 456; GIORGIO OPPO, *Adempimento e liberalità*, 366; CALOGERO GANGI, *Le Obbligazioni*, 118; GIOVAN LUIGI PELLIZZI, *Adempimento di obbligazione naturale mediante rilascio di titolo cambiario*, *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, VII, 309 s., que sustenta o primeiro fundamento). As divagações em torno do dever moral também não conseguem solução segura, mesmo

quando se invocam afirmações seculares (J. B. DE LUCA, *Theatrum veritatis et Iustitiae*, IX, 2, 222), para dizerem que o contrato posterior vale.

Não há solução *a priori*. Se o contrato foi para solver, como se o perdedente vendeu a casa e considerou como preço o que teria de pagar, pagou, no sentido do art. 1.477, 2.^a parte, do Código Civil, e querer exigir o preço seria querer *repetir*. Mas, aí, teve-se o negócio jurídico como *pro soluto*. O que importa é saber-se se houve solução da dívida de jogo ou de aposta, ou se apenas se prometeu *pro solvendo*. Mesmo sobre o cheque, Tomo XXXVII, § 4.027, 6.

A propósito de dívida de jogo ou de aposta, é erro afirmar-se que a entrega de título cambiário tem o efeito da *soluti retentio*, por se tratar de dívida sem pretensão. Aliás, a questão consiste em se assentar se o perdedente, que entregou o título cambiário ou cambiariforme, pode recusar-se a pagá-lo, porque foi dado para solver dívida de jogo ou de aposta.

(De passagem, advirta-se que o negócio jurídico abstrato, que é o do título cambiário ou cambiariforme, não nova.)

A dívida, oriunda do contrato de jogo ou de aposta, é dívida como as demais. Apenas lhe falta – a lei lhe tirou – a pretensão. Com essa, a ação. O negócio jurídico que tenha por fito pagá-la vale e é eficaz. Se o negócio jurídico não produziu pagamento, quase sempre dáção em soluto, apenas consistiu em promessa de prestar. Exigida essa, o perdedente, que ainda não pagou, pode recusar-se com a exceção da falta de pretensão da dívida de jogo.

O direito brasileiro pôs claro que a novação e o reconhecimento de dívida de jogo ou de aposta não tem eficácia de pretensão ou de ação contra o perdedente.

Se o título cambiário ou cambiariforme foi entregue, não pode ser vindicado em repetição. Mas o que nele se promete ainda não foi entregue, de jeito que o perdedente, subscritor ou endossante pode alegar contra a exigência do pagamento e exceção *peçoal* da falta de pretensão no tocante do negócio jurídico básico (subjacente, justajacente ou sobrejacente) que foi o do jogo ou da aposta.

Se quem tem de pagar é terceiro, esse nada pode opor. O pagamento feito, pelo terceiro, ao credor de dívida de jogo ou de aposta (*e. g.*, subscritor do título de crédito que o perdedente endossou, avalista do subscritor do título que o perdedente endossou) é pagamento inatacável pelo perdedente. Houve a solução, há a *soluti retentio*.

9. MÚTUO E OUTROS NEGÓCIOS JURÍDICOS LIGADOS AO JÓGO E À APOSTA. – Os estatutos medievais muito se preocuparam com os empréstimos e outros negócios jurídicos com que terceiros ajudavam os jogadores e os apostadores. Exemplo disso está no *Statutus vetus Paduae ante 1236*. Mas há muitos outros, através dos séculos. “Mutuum colludenti factum non valet”, lê-se em PARIS DE PUTEO (De ludo, *Tractatus illustrium*, VII, 152). Cf. B. CACCIALUPO (De ludo, *Tractatus illustrium*, VII, 159), IULIUS ALEXANDRINUS CLARUS (*Opera omnia*, 152) e J. B. DE LUCA (*Theatrum veritatis*, 222).

O que se emprestou para jogo ou aposta é inexigível, se o empréstimo foi feito na ocasião em que jogava ou apostava. É o que diz o art. 1.478 do Código Civil.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 4.908. A – Legislação

O disposto no art. 1.477 do CC/1916 é mantido com alterações de redação no art. 814 do CC/2002. O art. 1.478, revogado, de sua vez, corresponde ao art. 815, em vigor.

O art. 971 do CC/1916, que estabeleceu a irrepetibilidade do que foi dado visando fim ilícito, imoral ou proibido por lei, é reproduzido integralmente, pelo art. 883 do CC/2002.

A invalidade de negócio jurídico por incapacidade relativa do agente, assim como por erro, dolo, coação, e fraude contra credores decorre de seu caráter anulável, conforme art. 171, I e II, do CC/2002. O negócio simulado, que se considerava anulável no Código Civil anterior, atualmente é cominado com a nulidade (art. 167). Mantém-se a regra, todavia, do art. 147, I e II do CC/1916. A possibilidade de confirmação do negócio jurídico anulável, a que o Código Civil anterior referia como ratificação (arts. 148 a 150), é objeto de previsão do art. 172 do CC/2002.

No caso da compensação o art. 369 do CC/2002, mantém o silêncio do Código Civil anterior, nos arts. 1.009 e 1.010, de modo a prescindir que a dívida seja exigível. Tratando-se de cessão de crédito, a ação do cessionário contra o cedente, a que se referia o art. 1.073 do CC/1916, ora é contemplada no art. 295 do CC/2002. Note-se, todavia, que como alerta Pontes de Miranda, existe o crédito, todavia não há pretensão. A cessão, todavia pode ser eficaz, quando houver notificação ao devedor originário e esse não opor exceções (art. 290 do CC/2002).

No caso do depósito em consignação feito por quem perdeu em favor de quem ganhou, pode ser levantado enquanto o favorecido não declara que o aceitou, regra na qual o art. 338 do CC/2002 reproduz o art. 977 do CC/1916.

§ 4.908. B – Doutrina

Em relação a caracterização da dívida resultante de jogo ou aposta como obrigação natural, diverge a doutrina. De um lado, quem assinala tendência de abandono dessa qualificação, uma vez que, embora a obrigação seja desprovida de pretensão de crédito, a ausência de pretensão de restituição (irrepetibilidade) decorre não do fato das partes incorrerem em comum em falha de conduta reprovada pelo direito (*condictio ob turpem causam*), o que guarda coerência com as situações em que a lei prevê expressamente a possibilidade de restituição, no caso de dolo do ganhador ou de incapacidade do perdedor (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 445). Por outro lado, há quem mantenha a identificação com a obrigação natural, especialmente em vista da ausência de exigibilidade (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 3, p. 546; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 626).

§ 4.908. C – Jurisprudência

Tratando-se de jogo lícito, a dívida feita é exigível e passível de execução, não se aplicando a regra que infirma a inexigibilidade da dívida de jogo, prevista no Código Civil (STJ, REsp 1070316/SP, 3.ª T., j. 09.03.2010, rel. p/ acórdão Min. Massami Uyeda, *DJe* 03.08.2010). Nos demais casos, a jurisprudência tende a classificar a dívida de jogo como espécie de obrigação natural (STJ, REsp 822922/SP, 3.ª T., j. 06.03.2008, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJe* 01.08.2008).

§ 4.909. EMPRÉSTIMO PARA JÔGO E DÍVIDA MUTILADA

1. EMPRÉSTIMO. – Lê-se no Código Civil, art. 1.478: “Não se pode exigir reembolso do que se emprestou para jôgo, ou aposta, no ato de apostar, ou jogar”.

É preciso que o mutuante haja conhecido o destino que se ia dar ao que êle mutuou ao jogador. Assim, J. VOET (*Commentarius ad Pandectas*, I, 476), como B. CARPZOV (*Responsa iuris*, Livro VI, r. 96) e SAM. L. B. DE COCCEIUS (*Ius civile controversum*, de aleatoribus, q. 2), sustentou que a ação do mútuo não podia ser negada a quem não tomar nenhuma parte no jôgo. Como êle, KARL E. HOFACKER (*Principia iuris civilis rom.-germanici*, III, § 2070), G. A. W. OVERBECK (*Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien*, II, m. 95) e J. FR. MALBLANC (*Principia iuris romani secundum ord. Digestorum*, II, 279). Objeções fêz a isso CHR. FR. VON