

Pontes de Miranda

TRATADO DE DIREITO PRIVADO

PARTE ESPECIAL

TOMO XXII

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

Obrigações e suas espécies.

Fontes e espécies de obrigações

2.^a tiragem

Atualizado por

Nelson Nery Jr.

Rosa Maria de Andrade Nery

BGB, à irrepetibilidade da prestação dada para cumprir dívida prescrita é também causa de dúvidas sobre o caráter jurídico da pretensão prescrita (ver: SCHULZE, Götz. *Die Naturalobligation: Rechtsfigur und Instrument des Rechtsverkehrs einst und heute – zugleich Grundlegung einer zivilrechtlichen Forderungslehre*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. p. 170 ss.; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations*. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 8 e s.).

SEÇÃO I JOGO E APOSTA

§ 641. O PROBLEMA DO JOGO E DA APOSTA

1. DIFICULDADES NA CONCEITUAÇÃO. – As dificuldades no distinguir jogo e aposta levaram alguns juristas (ED. GANS, G. F. PUCHTA, SOUCHAY, F. BRUCK, M. STENGLEIN; no século XX, H. MENGEL, *Spiel und Wette*, 24) a considerarem infixável a diferença entre aposta e jogo. Verdade é, porém, que, no passado, se submetiam os jogos e as apostas a regras diferentes (e. g., inacionáveis aquêles; essas, acionáveis), o que, de si só, aconselharia aprofundar-se o estudo da distinção histórica. Desde o direito romano até perto dos nossos dias, só o Código Civil austríaco definiu aposta (§ 1.270), mas, dizendo ser espécie de aposta o jogo, o submeteu às mesmas regras jurídicas (§ 1.272, 1.^a e 2.^a alíneas). Em 1883, M. STENGLEIN (*Glücksspiel und Wette, Zeitschrift für die Strafrechtswissenschaft*, III, 121 s.) colecionou definições; e as discordâncias apareciam, de modo impressionante. O contrato pode parecer jogo ou aposta, e não ser um, nem outro. Falta-lhe, então, o elemento específico, ainda se prometem os contraentes prestação para o caso A a um e para o caso não-A a outro; e. g., se duas pessoas, que vão receber doações, sendo os objetos doados apartamento e relógio, prometem que prestará x-mil cruzeiros quem receber o apartamento.

2. DIREITO BRASILEIRO. – O Código Civil refere-se ao jogo e à aposta, sem os definir. Submete-os a regras idênticas, sem lhes apagar as diferenças. À ciência cabe mostrar-lhes os conceitos, que o uso comum por vezes mistura (W. E. Wilda, *Wette, Zeitschrift für Deutsches Recht*, VIII, 209): “apostar ou jogar com cavalos de corrida”, “jogou no lutador A”, “apostou no número 20”.

Panorama atual pelos Atualizadores

§ 641. A – Legislação

Sobre jogo e aposta: arts. 814 a 817 do CC/2002.

§ 641. B – Doutrina

Por terem a mesma natureza jurídica, a doutrina brasileira, pretérita e atual, também não distingue de maneira essencial entre as duas espécies. O critério normalmente referido para se departir jogo e aposta é o da participação. No jogo, há a intervenção direta das partes em seu resultado. Na aposta, o acontecimento independe da ação dos apostadores e sujeita-se a um evento ou ato de terceiro (CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Ignacio. *Contratos no direito civil brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. t. 2, p. 793). Percebe-se que tais segregações são mais conceituais do que relativas à natureza de ambas as modalidades.

Clóvis Bevilacqua (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Francisco Alves Ed., 1926. vol. 5, p. 241) definia jogo como “o contrato aleatório, em que duas ou mais pessoas prometem certa soma àquela, dentre as contraentes, a quem for favorável certo azar”. De entre os contemporâneos, esse é conceito vulgarmente acompanhado pela maioria: “Entende-se por jogo o contrato pelo qual duas ou mais pessoas, que se entregam à prática de um mesmo ato, obrigam-se a pagar determinada quantia àquela que sair dele vencedora por força da sorte ou de sua destreza” (CASES, José Maria Trepas. *Código Civil comentado: várias espécies de contrato, comissão, agência e distribuição, corretagem, transporte, seguro, constituição de renda, jogo e aposta: artigos 693 a 817*. Coordenador Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. vol. 8, p. 358).

A aposta é o “pacto entre duas ou mais pessoas, com diferente opinião sobre um assunto, que concordam em perder certa importância em favor daquela cuja opinião se mostrar verdadeira” (VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. vol. 2, p. 53).

Não há discrepância relevante na doutrina brasileira sobre serem o jogo e a aposta negócios jurídicos de natureza aleatória (DELGADO, José Augusto. *Comentários ao novo Código Civil: (arts. 803 a 853). Das várias espécies de contrato, da constituição de renda, do jogo e da aposta, da fiança, da transação, do com-promisso*. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. 1. ed., 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2006. vol. 11, t. 2, p. 186). Embora exista a posição dissidente de Silvio Rodrigues (*Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 3, p. 349), que não os considera nem como negócios jurídicos e, por isso, nem como contratos.

§ 641. C – Jurisprudência

Sobre a natureza das dívidas de jogo: “Dívidas de jogo ou de aposta constituem obrigações naturais. Embora sejam incabíveis, é lícito ao devedor pagá-

-las. Se o pagamento é realizado por meio de cheques sem provisão de fundos, admite-se o manejo de ação de locupletamento para cobrá-los, sem que se esbarre na proibição de cobrança de dívida de jogo” (STJ, REsp 822.922/SP, 3.ª T., j. 06.03.2008, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJe 01.08.2008).

§ 642. INSERÇÃO DAS REGRAS JURÍDICAS SÔBRE JÔGO E APOSTA; TENTATIVAS DE CARACTERIZAÇÃO

1. SITUAÇÃO DO PROBLEMA. – Uma vez que as regras de direito civil, ou comercial, sôbre jôgo e aposta incidem sôbre jogos proibidos e jogos não-proibidos, e não sôbre jogos regulados em lei especial, levanta-se a questão do lugar próprio em que hão de ser insertas. G. F. PUCHTA, L. ARNDTS e F. L. VON KELLER puseram-nas na Parte Geral do Direito das Obrigações; A. F. J. THIBAUT, entre os *pacta nuda*; J. N. WENING-INGENHEIM, entre as obrigações essencialmente bilaterais; K. A. D. UNTERHOLZNER, entre os tratos parecidos com a compra-e-venda; CHR. F. MÜHLENBRUCH, entre os contratos aleatórios; F. SINTENIS construiu o negócio jurídico do jôgo como contrato de sorte pura, tendo o elemento *alea* como conteúdo e objeto do contrato, e não como modificador. Assim, o século XIX longe estêve de adotar a mesma colocação para os contratos de jôgo e aposta. O Código Civil brasileiro, à guisa do alemão, preferiu inserir as regras no Direito das Obrigações, entre os contratos.

2. PRECISÃO DO PROBLEMA E TEORIAS SUPERADAS. – O problema da caracterização do jôgo e da aposta só no século XX chegou à maturidade. Convém pô-lo em termos precisos.

a) A caracterização dos contratos e dos outros negócios jurídicos tem de ser feita por seu conteúdo, salvo se a lei mesma adotou tipo de contrato; e já o advertia, a respeito de jôgo e aposta, A. KRÜGELSTEIN (*Über den begrifflichen Unterschied von Spiel und Wette*, 12).

Porém caminhos errados tomaram, e durante mais de um século, os juristas. A *atividade*, entre a conclusão do contrato e a decisão, seria típica do jôgo, – assim pensava H. THÖL, lembrando a L. 2, D., *de aleatoribus*, 11, 5, *verbis* “si quis certet hasta vel pilo iaciendo vel currendo, saliendo, luctando, pugnando”. Não se poderia ver aposta onde houvesse atividade do jogador. Seguiam-no: ED. GANS (*Beiträge*, 168), C. F. VON GERBER (*System*,

11.^a ed., 519), J. A. SEUFFERT (*Pandektenrecht*, 305), F. WALTER (*System*, 415) e outros. O jôgo, dizia o primeiro dêles, supõe a atividade de quem faz a parada; a aposta exclui-a. Na aposta via A. KRÜGELSTEIN (*Über den begrifflichen Unterschied von Spiel und Wette*, 62) luta de opinião.

A contribuição de ambos os contraentes para o resultado, que H. THÖL considerava essencial ao contrato de jôgo, pode falhar: não deixa de haver contrato de jôgo se A e B fazem parada na partida de jôgo entre C e D, nem se um estipula ganhar se o pombo A chegar antes do pombo B, se não se trata de pombos que C e D conhecem em seus vôos e podem, a respeito dêles, fazer comunicações de conhecimento. O azar também não basta, como elemento distintivo, pois são jôgo o xadrez e o *bridge*. Tôda consideração do determinismo desloca para terreno metafísico, que não é o do direito, o problema.

b) Foi G. BESELER (*System*, 2.^a ed., 542) quem reagiu contra a *teoria da atividade*: para êle, a atividade costuma achar-se nos jogos, porém não lhes é essencial; ao passo que, na aposta, ou falta, ou é ordenada para o caso especial. Também, JULIUS ARNHEIM (*Über Spiel und Wette*, 14). Mas doutrinadores e críticos não desceram ao conteúdo do contrato.

c) A *teoria da opinião* (CH. F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung*, 11, 331; A. F. J. THIBAUT e F. ENDEMANN) abstraiu da diversidade de opinião que pode haver no jôgo. Ainda com o adminículo da pena por ter errado no opinar, que O. STOBBE (*Handbuch*, 3.^a ed., III, 324) insinuou, tem o mesmo defeito de ir buscar fora do conteúdo do contrato a razão de se distinguirem jôgo e aposta. É certo que não há aposta sem divergência, ou mesmo luta de opinião, porém nem tôda divergência ou luta de opinião leva à conclusão de contrato de aposta.

d) A *teoria da indiferença ao tempo* assentava que, para a aposta, é indiferente que o acontecimento, sôbre que se aposta, seja no passado, no presente ou no futuro; ao passo que o jôgo é, necessariamente, sôbre o acontecimento futuro (K. AD. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, III, 521; R. VON HOLZSCHUHER, *Theorie und Casuistik*, 3.^a ed., 79 s.; antes, L. v. D. PFORDTEN, *Abhandlungen*, 350). Tomou-se por essencial o que apenas é o que mais acontece. Não seria futuro, necessariamente, o acontecimento, e sim o conhecimento dêle, pois alguns jogos há em que o acontecimento (a face do dado, a carta do baralho, o nome do sorteado) já ocorreu e apenas se conserva “guardado” no copo, ou “oculto” pela posição na mesa (só se vendo as costas da carta), ou na urna. A H. MENGEL (*Spiel und Wette*, 18) não escapara êsse ponto.

e) Depois de se dizer que, no contrato de jôgo, como no de aposta, cada um dos contraentes promete ao outro alguma coisa, no caso de algo se dar que é o contrário do que, ocorrendo, comporia o caso de ter de ser cumprida a promessa do outro, é que se tem de procurar o que *distinga* os dois contratos. É comum aos dois ganhar um contraente e outro perder. No mais, os dois são diferentes. Para B. WINDSCHEID (*Lehrbuch*, 9.^a ed., II, 855 s.), na aposta há a certeza ou incerteza das afirmações, que os contraentes se contrapõem, e cada um se submete a pena, se não tinha razão; no jôgo, o que está em causa é o êxito de atividade empreendida pelos contraentes, o ser ou não ser, o dar-se ou não se dar algum fato, de que depende ganhar um, ou o outro ganhar. Os motivos do jôgo podem ser a atração do risco, a sede de ganho, a perícia ou orgulho dos que contratam. Já M. STENGLEIN lembrava o jôgo de cartas com referências históricas a serem respondidas, o que, na forma, seria aposta, mas, no fundo, jôgo; e observou que um dos contraentes pode ter a certeza, e a segurança, e isso não exclui a aposta, ambos a podem ter, ou nenhum a ter, por haverem apostado por apostar.

Foi A. KRÜGELSTEIN (*Über den begrifflichen Unterschied von Spiel und Wette*, passim) quem observou haver nos contratos aleatórios, além da *causa* aleatória, outra *causa*, que vem em primeira plana (e. g., a *causa* da compra-e-venda, na *emptio spei*), de modo que a causa aleatória é apenas elemento modificador. No jôgo, não: a *causa* é a *alea* mesma. Outras causas podem juntar-se, mas aquela há de preponderar, salvo se se reduz o jôgo a mero expediente de decisão, sem autonomia (A. ELSTER, *Über den Begriff und die systematische Stellung der Spielverträge*, *Archiv für Bürgerliches Recht*, 26, 39).

f) Outros juristas fixaram a pesquisa em elementos internos dos contraentes. O negócio jurídico da aposta é feito sôbre a base de informes que os contraentes têm; o jôgo, não. Na aposta, os contraentes sabem, ou, pelo menos, crêem saber que *algo é* como se diz na comunicação de conhecimento a que se refere o contrato de aposta; ao passo que, no jôgo, nenhum sabe, nem crê, normalmente, saber. O jogador pode ter palpites, mas os seus palpites não se podem encher de certeza: os jogadores jogam com a dúvida, de que todos participam; os apostadores, com a certeza (subjetiva, mas, para êles, objetivamente fundada) sôbre o que um diz ser e o outro nega. O principal fomulador da *teoria da informação* foi ANTON HESS (*Abhandlungen*, II, 33 s.), que assim reduziu a diferença a simples gradação em relação à certeza subjetiva, a questão de grau de informação.

O apostador é surpreso pelo resultado; o jogador, não: ocorreu o que lhe faria perder; perdeu, enquanto o apostador perdeu, e *errou*. O que aconteceu tinha de acontecer. O acaso, que só subjetivamente existe, não existe para o apostador; existe para o jogador. No íntimo, os jogadores deixam-se levar pela assimilação do jôgo à aposta: fazem cálculos, usam planos, crendo que transformam em aposta o jôgo; e os que sòmente apostam (em corridas, por exemplo), ignorando tudo sòbre os que entram no páreo, peleja ou competição, procedem como jogadores. Por aí se vê que êsse dado interno, psicológico, de nada serviria para caracterizar os dois contratos.

g) A *teoria dos motivos e fins* viu na aposta o motivo de ter razão, de modo que a vitória, o lucro, é sòmente sinal, ao passo que, no jôgo, a vitória é que importa, ainda quando intervenha outro fundamento (exercício corporal, educação). O mais explícito dos seguidores foi L. V. D. PFORDTEN (*Abhandlungen*, 320 s.). Já H. DERNBURG (*Lehrbuch*, 3.^a ed., II, 412 e 414) vira no interêsse em ter razão a característica da aposta, a que P. OERTMANN (*Das Recht der Schuldverhältnisse*, 3.^a-4.^a ed., 923) chamou “interêsse ideal na veracidade”. L. ENNECCERUS e H. LEHMANN (*Das Bürgerliche Recht*, 2.^a ed., II, § 320) acentuaram que no motivo é que está a diferença: a aposta deve terminar pela confirmação de uma das afirmações; o jôgo tem por fito divertimento ou ganho, ou ambos. No mesmo sentido, G. PLANCK (*Bürgerliches Recht*, 1.^a e 2.^a ed., I, 501), K. AD. VON VANGEROW (*Lehrbuch*, III, 521, nota), e G. HIRSCHFELD (*Über Wettrennen und Rennwetten*, 1). Tudo estaria no exercício, ou no lucro, ou em ambos, para o jôgo, e no interêsse pelo acerto, na aposta. Porém é inelidível o elemento ganho que há nas apostas e, às vêzes, é, *in concreto*, o único; *in abstracto*, é sempre o fundamento do jôgo, mas algo de secundário, nas apostas. JULIUS ARNHEIM (*Über Spiel und Wette*, 9 s. e 23 s.) teve como característico, no jôgo, o prazer no risco ou a satisfação na habilidade. Deleite ou recreio, em vez da luta de opinião, que há na aposta. Nessa, não há prazer no risco, nem interêsse em habilidade dos contraentes. Nota-se logo que tomou como característica do contrato de jôgo o que poderia caracterizar o jôgo. Muitos jogos há sem serem contratos: falta a parada, a marcação de pontos e a prestação que bilateralmente, embora só por um, os contraentes se prometem, assim no “contrato” de jôgo como no “contrato” de aposta. Tanto mais quanto o *conteúdo* do contrato de jôgo, ou do contrato de aposta, não é o jôgo ou a aposta (êrro de H. MENGEL, *Spiel und Wette*, 23 s.; certo, KARL REUBER, *Der begriffliche Unterschied von Spiel und Wette*, 34).

Na aposta há *comunicação de conhecimento*, o que falta, ou é escasso ou accidental, no jôgo. Daí ser o jôgo menos apuração de verdade ou luta de opinião do que *distração* ou vontade de *ganho*, ou não ter, sequer, aquele elemento. Certo, a parada quanto a chover, ou não, depois de amanhã, sendo os contendores dois encarregados de previsão do tempo, que exibiram, um ao outro, os seus informes, é aposta; se não são técnicos de previsão do tempo, é de jôgo que se trata. Porém, de regra, afirmações concernentes ao futuro não são comunicações de conhecimento e, pois, é de jôgo que se cogita.

A técnica legislativa tem de enfrentar o problema das sanções: 1) se se havia de negar ao negócio de jôgo entrada no mundo jurídico (então seria *nada* de negócio jurídico; = negócio jurídico *inexistente*); ou 2) se seria nulo o negócio jurídico (= jurídico *mas inválido*); ou 3) se seria preferível a técnica da mutilação do direito (direito sem pretensão, ou direito, com pretensão, sem ação). As legislações de direito penal e as de direito civil tomaram caminhos próprios, supondo, por vêzes, que alguns jogos deviam ser tratados como negócios jurídicos inexistentes, outros, como nulos, e outros, como atos jurídicos produtores de direitos mutilados. Outros, ainda, 4) como permitidos, com tôda a irradiação de eficácia (direitos, pretensões, ações, exceções).

Panorama atual pelos Atualizadores

§ 642. A – Legislação

Sobre as dívidas de jogo ou aposta: arts. 814 a 817 do CC/2002.

Competência privativa da União para legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios: art. 22, XX, da CF/1988.

Sobre o serviço de loterias e sua regulação no País: Dec.-lei 6.259, de 10.02.1944.

Sobre a Loteria Esportiva Federal: Dec.-lei 594, de 27.05.1969, e arts. 6.º, 8.º, 9.º e 10 da Lei 9.615, de 24.03.1998, com alteração por meio das Leis 10.672, de 15.05.2003, 11.118, de 19.05.2005 e 12.395, 16.03.2011.

Distribuição gratuita de prêmios, mediante sorteio, vale-brinde ou concurso, a título de propaganda: Lei 5.768, de 20.12.1971.

Lei de Contravenções Penais (Dec.-lei 3.688/1941): (a) Jogo de azar: art. 50 do Dec.-lei 3.688/1941 (“Estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele”); (b) Loteria não autorizada: art. 51 do Dec.-lei 3.688/1941 (“Promover ou fazer extrair loteria,

sem autorização legal”); (c) Loteria estrangeira: art. 52 do Dec.-lei 3.688/1941 (“Introduzir, no País, para o fim de comércio, bilhete de loteria, rifa ou tómbola estrangeiras”); (d) Jogo do bicho: art. 58 do Dec.-lei 3.688/1941 (“Explorar ou realizar a loteria denominada jogo do bicho, ou praticar qualquer ato relativo à sua realização ou exploração”).

Sobre apostas em corridas de cavalo: Lei 7.291/1984, que dispõe sobre as atividades da equideocultura no País, em cujos dispositivos disciplina a atividade turfística. Em seu art. 6.º, positiva-se que “a realização de corridas de cavalo, com exploração de apostas, é permitida no País com a finalidade de suprir os recursos necessários à coordenação e fiscalização da equideocultura nacional, através da Comissão Coordenadora da Criação do Cavalo Nacional – CCCCN”.

§ 642. B – Doutrina

Neste parágrafo, Pontes de Miranda: (a) inventaria as diversas correntes teóricas sobre a natureza jurídica do jogo e da aposta; (b) apresenta a distinção entre jogos lícitos e ilícitos; jogos proibidos e não proibidos; e jogos regulados.

José Maria Trepas Cases (*Código Civil comentado: várias espécies de contrato, comissão, agência e distribuição, corretagem, transporte, seguro, constituição de renda, jogo e aposta: artigos 693 a 817*. Coordenador Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. vol. 8, p. 362-366) é representativo da dogmática brasileira contemporânea, quando afirma que o jogo e a aposta são contratos bilaterais, onerosos, aleatórios e que contém uma obrigação natural. Em relação a essa última nota essencial, faz importante ressalva: “Cabe salientar, entretanto, que não são todas as espécies de jogos que se revestem do caráter de obrigação natural, mas somente os jogos proibidos e os tolerados”, excluindo-se os jogos autorizados e aqueles por lei excepcionados dessa regra.

A classificação de Pontes de Miranda, quanto à liciedade ou proibição de jogos, ainda segundo José Maria Trepas Cases, pode ser assim transposta para o cenário dogmático contemporâneo:

a) Jogos proibidos ou ilícitos. São os “jogos de azar”, nos quais a álea é preponderante, senão absoluta. São exemplos os jogos de cartas, a roleta, a loteria sem autorização, o jogo do bicho, os caça-níqueis.

b) Jogos tolerados. São jogos não autorizados por lei, embora não se subsuam a normas penais incriminadoras.

c) Jogos autorizados. São previstos em normas legais, em razão de se entender que possuem efeitos positivos para o homem ou para a sociedade, ao exemplo de corridas de automóvel, competições esportivas, loterias autorizadas, lutas de boxe e corrida de cavalos. Não se consideram obrigações naturais. São exigíveis e permitem a dedução de pretensões em juízo, no caso de inadimplemento.

§ 642. C – Jurisprudência

Há farta jurisprudência no STJ sobre a natureza lícita, ilícita, permitida ou tolerada dos jogos. Veja-se um inventário das principais posições desse tribunal:

Súmula Vinculante 2 do STF: Constitucionalidade – Lei ou Ato Normativo Estadual ou Distrital – Sistemas de Consórcios e Sorteios. “É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias” (STF, Sessão Plenária de 30.05.2007, *DJe* 31/2007, p. 1, em 06.06.2007).

Natureza jurídica das loterias e do bilhete de aposta: “Os concursos lotéricos constituem-se em modalidade de jogo de azar, sendo seus prêmios pagos apenas aos portadores dos respectivos bilhetes. Dessa forma, os bilhetes de apostas são considerados como títulos ao portador e como tal a obrigação deve ser cumprida a quem apresente o título, liberando-se, assim, o devedor do compromisso assumido. Precedentes. Entretanto, aquele que possui o bilhete de loteria – a despeito do caráter de título ao portador – não é, necessariamente, o titular do direito ao prêmio. Dessa forma, é possível a discussão quanto à propriedade do direito representado pelo título ao portador, no caso, o bilhete de loteria. Logo, o caráter não nominativo e de literalidade do bilhete de loteria importam, apenas, ao sacado, no caso, a Caixa Econômica Federal para finalidade específica de resgate do prêmio sorteado” (STJ, REsp 1.202.238/SC, 3.^a T., j. 14.08.2012, rel. Min. Massami Uyeda, *DJe* 18.09.2012).

Aposta em corrida de cavalo. “A aposta em corrida de cavalos é atividade expressamente regulamentada pela Lei 7.291/1984 e pelo Dec. 96.993/1988, não incidindo, pois, as vedações contidas no Código Civil a esse tipo de jogo. Embora os referidos diplomas legais prevejam a realização de apostas em dinheiro e nas dependências do hipódromo, em nenhum momento eles proíbem a realização delas por telefone e mediante o empréstimo de dinheiro da banca exploradora ao apostador. Entender pela abusividade de tal prática levaria ao enriquecimento ilícito do apostador e feriria ao princípio da autonomia da vontade, que permeia as relações de Direito Privado, onde, ao contrário do Direito Público, é possível fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. *In casu*, as instâncias ordinárias manifestaram-se no sentido da regularidade do procedimento das apostas promovidas pelo recorrente, sendo que o revolvimento de tais premissas implicaria o reexame do conjunto fático-probatório, o que é inviável na presente via recursal, em face do óbice do Enunciado 7 da Súmula do STJ” (STJ, REsp 1.070.316/SP, 3.^a T., j. 09.03.2010, rel. Min. Nancy Andrighi, rel. p/ acórdão Min. Massami Uyeda, *DJe* 03.08.2010).

Máquinas caça-níqueis e atividade contravencional. “Constitui prática contravencional a exploração e funcionamento das máquinas ‘caça-níqueis’, em qualquer uma de suas espécies’ RO em MS 13.965/MG” (STJ, RO em MS 15.228/MG, 2.^a T., j. 18.11.2003, rel. Min. Castro Meira, *DJ* 19.12.2003).

Exploração de jogo como atividade tributável. “A exploração do jogo constitui serviço (LC 56/87) e é tributável na forma da lei municipal, seja quando a venda de apostas se dá pela própria entidade turfística, seja quando é feita por terceiros” (STJ, REsp 85.543/RJ, 2.^a T., j. 05.05.1998, rel. Min. Ari Pargendler, *DJ* 31.08.1998).

Na antiga jurisprudência do STF, as dívidas de jogo eram consideradas causadoras da nulidade das obrigações constituídas sob esse fundamento (STF, RE 7.849/SP, 2.^a T., j. 13.07.1955, rel. Min. Edgard Costa, *DJ* 11.01.1954). A causa

ilícita contaminava eventual título de crédito dado em pagamento de obrigação baseada em dívida de jogo: “Dívida de jogo. Ação executiva cambial julgada improcedente. Nulidade dos títulos por falta de causa legítima” (STF, AgIn 22.358/RJ, 2.^a T., j. 14.07.1961, rel. Min. Victor Nunes, DJ 11.08.1961). No mesmo sentido: “Dívida de jogo. Pagamento mediante cheque não honrado pelo banco sacado, por falta de provisão de fundos. Ação de cobrança julgada improcedente. Divergência jurisprudencial não comprovada. Recurso extraordinário não conhecido” (STF, RE 89.340/MT, 1.^a T., j. 13.06.1978, rel. Min. Soares Munoz, DJ 30.06.1978).

§ 643. SORTE DO NEGÓCIO JURÍDICO E SORTE DAS DÍVIDAS DE JÔGO OU APOSTA

1. CONTEÚDO DO ART. 1.477 DO CÓDIGO CIVIL. – Quanto às dívidas de aposta e de jôgo, o art. 1.477 do Código Civil estatuiu: “As dívidas de jôgo, 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”. Pergunta-se, e a pergunta é crucial: *a*) ¿De tais negócios jurídicos resulta crédito, pôsto que mutilado o direito do credor? ¿Ou *b*) êles não geram obrigação, por serem nulos? Há, ainda, *c*) a alternativa de serem inexistentes e, pois, não-jurídicos (= nada jurídico) os negócios de jôgo ou de aposta. No direito romano, não havia o conceito de nulidade que corresponde ao direito moderno: *nec ullus, nullus*, era o que nada era; “obrigação nula” era negócio inexistente, não-obrigação. A obrigação natural romana existia num plano natural, sub jurídico; o contrato de aposta era lícito; porém o de jôgo, não: salvo se com intuito de exercício ou com prestação de objetos destinados a consumo imediato, era ilícito, nenhum. Portanto, a solução foi a solução *c*). No direito moderno, há as duas concepções, *a*) e *b*), além de *c*); devendo-se notar que *a*) ainda se bifurca com a divergência sôbre a altura da corte: *a'*), apanhando a prestação; ou *a''*) só a ação, o que explicaria a irrepetibilidade. O Código Civil alemão, § 762 (*verbis* “wird eine Verbindlichkeit nicht begründet”), permitiu a dúvida entre *a*), *b*) e *c*). Logo se excluiu *b*), por não ser impossível a prestação, nem contra os bons costumes (ilícito) o negócio jurídico (§ 138, 1). A grande corrente admitiu a mutilação do direito e, pois, a existência da obrigação natural (senso estrito), com o corte dos dois elementos (exigibilidade fora da ação e ação), ou sômente com o corte da ação. G. PLANCK (*Bürgerliches Gesetzbuch*, 1.^a e 2.^a ed., II, 503) adotou *a'*, qualquer que

seja a parte. Tôdas as pretensões ir-se-iam; nula, a fiança a elas, e nulo o penhor. Não se precisaria de exceção de jôgo. OTTO WARNEYER (*Kommentar*, I, 1197) falou, explicitamente, de obrigação natural, e excluiu, como G. PLANCK e H. DERNBURG (*Bürgerliches Gesetzbuch*, II, 2,182), o direito de retenção. HEINRICH LEHMANN (*Lehrbuch*, II, 31.^a-35.^a ed., 10) prestou o grande serviço de chamar a atenção para o êrro de se ver aí direito mutilado, ou obrigação natural: não há vínculo; os contratos são irracionais e nocivos no próprio plano econômico; a repetição do que foi voluntariamente prestado só é proibida porque seria, em si-mesma, indecorosa. Note-se a diferença no fundamento da irrepetibilidade. Porém êle-mesmo deixou de distinguir o jôgo proibido e o jôgo não-proibido, o que nos obriga a estudo mais apurado.

2. O DIREITO TERRITORIAL PRUSSIANO E A TEORIA DA OBRIGAÇÃO IMPERFEITA. – A doutrina que se fizera sob o *Allgemeines Landrecht* prussiano (I, 11, § 577) explicara a dívida de jôgo sem ação judicial (*gerichtliche Klage*) como obrigação imperfeita. Tal explicação não foi a que deu A. VON TUHR (*Der Allgemeine Teil*, I, 95 e 290) ao texto do Código Civil (vinculação sem pretensão), nem a de HANS REICHEL (*Unklagbare Ansprüche*, *Jherings Jahrbücher*, 59, 425), para quem não há vinculação (direito), nem pretensão e, pois, claramente, não se pode levantar questão concernente à ação. Argumenta-se que a lei excluiu a *condictio indebiti*, e isso seria contra a última opinião (cf. A. UBBELOHDE, *Zum Bürg. Gesetzbuch*, *Jherings Jahrbücher*, 38, 219 s.); mas em verdade a *soluti retentio* nada tem com o ser ou o não-ser da vinculação (H. SIBER, *Der Rechtszwang*, 68; O. GEIB, *Rechtsschutzbegehren*, 157).

3. SOLUÇÃO DA DOUTRINA PORTUGUÊSA. – MELO FREIRE (*Institutiones*, IV. 40) dividiu os jogos e apostas em proibidos e não-proibidos. Quem assim procede há de distinguir os jogos e apostas não-proibidos em jogos não regulados especialmente e jogos regulados especialmente. Pelo não no haver feito, procedente foi a crítica que MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA (*Notas de uso prático*, I, 413) lhe fêz, porém êsse por igual mereceria a argüição de juntar a todos em classe única, para os submeter às regras de inacionabilidade e de irrepetibilidade. O “*haec aliter se habent in lusionibus et ludis publica lege permissis*” de MELO FREIRE não se referia só à regra sôbre irrepetição (assaz excepcional para êle), e sim a ela e à outra, sôbre inacionabilidade.

4. INFLUÊNCIA DA CONCEPÇÃO GERMÂNICA DA DÍVIDA DE JÔGO COMO DÍVIDA DE HONRA. — A dívida de jôgo era, no direito germânico, *dívida de honra*; daí haver, no direito comum, a acionabilidade de certas dívidas de jôgo e o aumento do número de jogos permitidos. A repetibilidade tinha de perder terreno, ainda no tocante aos jogos proibidos. Essa concepção germânica influiu em quase todos os povos da Europa, inclusive no Código Civil francês, art. 1.966, no de Zurique, § 1.768, e no brasileiro, art. 1.477. A construção de hoje é, pois, mista; síntese, mal acabada, mas síntese.

No direito germânico, o jôgo era subordinado às regras gerais do direito dos contratos. Produzia direito, pretensão e obrigação, ação e intervenção policial, posterior àquela, historicamente (a aceitar-se o que diz HANS PLANITZ, *Die Pfandung*, 346 s.). Apenas a dívida, segundo o *Sachsenspiegel*, I, 6, § 2 (OTTO VON GIERKE, *Schuld und Haftung*, 93), e outros estatutos (F. BRUCK, *Über Spiel und Wette*, 28), não era hereditária. No século XIII, começou a legislação contrária ao jôgo e excluiu-se a acionabilidade (W. E. WILDA, *Lehre vom Spiel*, *Zeitschrift für Deutsches Recht*, II, 2, 149 s.; F. BRUCK, *Über Spiel und Wette*, 32); o velho direito de prenda passou a ser excluído, com algumas variantes quanto aos objetos (H. M. SCHUSTER, *Das Spiel*, 113 s.; HANS PLANITZ, *Die Pfandung*, 347). A legislação policial do século XIV enumerou jogos proibidos, mas permaneceu sem repetibilidade o que se prestou por dívida de jôgo. O vencedor ou ganhante, nos jogos não-proibidos, apenas podia, às vezes, apanhar o que ganhou. Vê-se, aí, como, em estratos históricos, se foram distinguindo *jogos permitidos* e *jogos proibidos*, contaminando-se àqueles a inacionabilidade.

O costume da irrepetibilidade, que era o de alguns povos, estava em oposição aos de Portugal e de Castela. Com a vitória daquele, é no direito de tais povos, e não no de Portugal e Castela, que havemos de buscar o fundamento da irrepetibilidade. A leitura do texto de JOHANN VOET (*Commentarius ad Pandectas*, I, 477), que MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA (*Notas de uso Prático*, I, 413) opôs a MELO FREIRE, aliás sem ter lido àquele, apontou-nos o fundamento: o direito romano era radicalmente hostil ao jôgo proibido; o costume de Antuérpia e outros entenderam que tão torpe era pedir o ganho quanto pedir o que se entregou como paga (*nec ex turpi causa promissi petitionem, nec sol uti repetitionem dari*), pôsto que aquêles permitisse a repetição do que não foi entregue em dinheiro, o costume de Amesterdão contemplasse o interêsse da mulher e dos consangüíneos e GROENEWEG concludisse à *colludentium turpitude* (tirava êsse, como JOHANN VOET, a conclusão de que a torpeza só aparecia no vencedor; não era bem isso).

Temos de examinar o art. 1.477 do Código Civil brasileiro à luz desses informes históricos e diante do art. 145, II, que é a regra jurídica em que entrará ou não o negócio jurídico do jogo, ou da aposta. No fundo, tem-se de saber quais são os jogos e apostas *ajurídicos* (= inexistentes), quais os jogos e apostas negócios jurídicos *nulos* por infração da lei e quais os jogos e apostas negócios jurídicos *válidos*. Sem essas precisões não se poderia chegar a tratamento rigoroso do assunto e não teriam a indispensável exatidão científica os enunciados doutrinários (n. 1).

5. INCIDÊNCIA E NÃO-INCIDÊNCIA DO ART. 145, II. – Ou o art. 145, II, do Código Civil (“É nulo o ato jurídico: II. Quando fôr ilícito, ou impossível, o seu objeto”) apanha, segundo a solução *b*), acima referida (n. 1), o negócio jurídico do jogo proibido e o da aposta proibida; ou o negócio do jogo proibido e da aposta proibida não é *jurídico*: seria, segundo a solução *c*), nada jurídico (= inexistente); ou o negócio é jurídico e válido, mas, conforme a solução *a*), mutilado o direito. A maioria dos escritores confunde as três classes e não se pode apurar o que é que eles pensam quando saltam de um conceito para o outro. Não só: não conceituaram e não classificaram, tão-pouco, os jogos. OTTO VON GIERKE (*Deutsches Privatrecht*, III, 812) partiu da consideração de que o jogo e a aposta são fatos da vida social, surgidos, aqui e ali, e o povo *sente* que a dívida é de honra; daí ter concluído que a dívida de jogo ou de aposta existe e não é nula, pôsto que mutilado o direito. Seria a concepção *a*). Assim, entregue a prestação, a dívida teve cumprimento e, pois, é irrepetível o que se pagou, ainda que outrem, que o perdente, tivesse sido o que prestou.

6. O PROBLEMA DE TÉCNICA LEGISLATIVA. – A técnica legislativa pode encarar o problema do jogo como indiferente (contrato com os contratos vulgares), ou encará-lo com atitude penalística, ou com atitude civilística, ou com atitude policial. A última foi a do Pretor; a primeira, a do antigo direito germânico. O fato de se proibir o jogo de dinheiro, excetuando-se aqueles que concernissem a *virtus, pilum iacere* ou *hasta cercare*, mostra bem que o Pretor estava atento, como sempre, aos fatos da vida. Além disso, deixou fora das regras proibitivas o jogo praticado no seio da família, com objetos alimentícios. Foi mais longe, entrando no direito civil, quando considerou o jogo como origem de direito sem ação (pelo menos). Aqui, não nos cabe interpretar os textos romanos, porque isso nos levaria a dissertação sem interêsse imediato para o nosso assunto.

7. DIREITO REINÍCOLA E DOUTRINADORES PORTUGUÊSES. – As Ordenações Filipinas (Livro V, Título 82) trataram “dos que jogam dado, ou cartas, ou as fazem, ou vendem, ou dão tavolagem, e de outros jogos defesos”. O direito costumeiro dos outros povos era discordante. Ora a repetibilidade, à romana, ora a irrepetibilidade; de modo que o direito português preferiu a regra romana da repetibilidade, a que MELO FREIRE (*Institutiones*, IV, 40) reconheceu *limitações*: só era repetível a paga, se houve dolo mau do vencedor; quando não foi dinheiro o que se entregou; quando entregou com sacrifício da família; se lhe fôra exigida a entrega; se o prestante não tinha a administração dos bens. COELHO DA ROCHA (*Instituições*, 682), por influência do Código Civil francês, art. 1.965, dizia que, fôsse proibido, ou não, o jôgo, nenhuma ação teria o ganhante, e acrescentava que, ainda que proibido o jôgo, nenhuma ação teria o perdente, que pagou, para repetir a solução, salvo dolo. Verdade é, porém, que o art. 1.966 do Código Civil francês abria exceção à exclusão da ação. O que mais importa saber-se é que fundava a irrepetibilidade, adotada alhures, no ter o autor de alegar fato ilícito. Faltou-lhe classificar os jogos e caracterizar-lhes o regime jurídico.

Panorama atual pelos Atualizadores

§ 643. A – Legislação

O art. 1.477, *caput*, do CC/1916 [revogado] corresponde ao art. 814, *caput*, do CC/2002. O art. 1.477, parágrafo único, do CC/1916 [revogado] equivale ao art. 814, parágrafo único, do CC/2002.

O art. 145, II, do CC/1916 [revogado] é parcialmente simétrico ao art. 166, II, do CC/2002.

Competência privativa da União para legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios: art. 22, XX, da CF/1988.

Sobre exploração de jogo de azar, loterias sem autorização legal e jogo do bicho: arts. 50 a 58 do Dec.-lei 3.688, de 03.10.1941 (Lei de Contravenções Penais).

Sobre serviço de loterias: Dec.-lei 6.259, de 10.02.1944.

Sobre a Loteria Esportiva Federal: Dec.-lei 594, de 27.05.1969, e arts. 6.º, 8.º, 9.º e 10 da Lei 9.615, de 24.03.1998, com alteração por meio das Leis 10.672, de 15.05.2003, 11.118, de 19.05.2005 e 12.395, 16.03.2011.

§ 643. B – Doutrina

O Código Civil atual manteve, em linhas gerais, a estrutura jurídica do jogo e da aposta prevista na codificação revogada. As dívidas de jogo ou de aposta,

excetuadas as nascidas de jogos autorizados e os prêmios oferecidos em competições esportivas, intelectuais ou artísticas, não são exigíveis, no entanto, se pagas, convertem-se em prestações irrepetíveis, “salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdente é menor ou interdito” (art. 814, *caput* e §§ 2.º e 3.º, do CC/2002). Os negócios constituídos para servir de causa lícita para essas dívidas são também destituídos de exigibilidade, posto que “a nulidade resultante não pode ser oposta ao terceiro de boa-fé” (art. 814, § 1.º, do CC/2002). Sendo igualmente não exigível, o “reembolso do que se emprestou para jogo ou aposta, no ato de apostar ou jogar” (art. 815, do CC/2002).

Na doutrina contemporânea, não há discrepância do entendimento de Pontes de Miranda sobre a inexigibilidade da obrigação decorrente de dívida de jogo ou de aposta, bem assim a irrepetibilidade do que for pago a esse título.

Atualmente, há uma interessante questão sobre a incidência das regras dos arts. 814 a 817 do CC/2002 sobre obrigações advindas de jogo ou aposta realizados no exterior, em países que concedem amplas franquias a cassinos e casas afins. A Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, hoje nominada esdruxulamente de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu art. 17, determina que “as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”. A interpretação desse dispositivo conduz à impossibilidade de se exigir obrigações resultantes de dívida de jogo ou de aposta, ressalvados os casos simétricos aos tidos como lícitos no Brasil, que venham a ser contraídos no estrangeiro e cujos credores pretendam vê-los honrados neste País.

Ocorre que a sofisticação das operações realizadas em cassinos, quase todos localizados em hotéis, gerou uma nova figura jurídica que são os créditos de entretenimento, “(que configuram autênticos contratos de mútuo), concedidos por complexos hoteleiros estrangeiros, como nas Bahamas, Argentina, Uruguai e nos Estados Unidos, para que hóspedes realizem atividades de jogatina e outras relacionadas a apostas, têm sido considerados em muitos casos como plenamente exigíveis, independentemente da consideração da lei do local em que as obrigações que lhes deram origem tenham sido constituídas” (POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. Aspectos de direito internacional privado relativos às dívidas de jogo contraídas no estrangeiro: lei aplicável às obrigações e contornos da ordem pública. *Revista dos Tribunais*. vol. 876. p. 52 e ss. São Paulo: Ed. RT, out. 2008).

Nos últimos anos, desenvolveu-se intensa discussão nos tribunais sobre a exigibilidade dessas dívidas, sobre o que se cuidará no campo específico da jurisprudência deste parágrafo.

Em sede doutrinária, tem sido cada vez mais comuns as vozes que defendem a necessidade de se “reconhecer a força vinculante das obrigações contratuais com conexão internacional, qualificadas e disciplinadas pelo direito do local em que foram constituídas, de acordo, portanto, com a regra de conexão *locus regit actum*. A ordem pública somente poderia intervir se esse reconhecimento do direito estrangeiro fosse manifestamente colidente com princípios e valores fundamentais do ordenamento brasileiro, justificado em uma irresistível incompatibilidade com a *lex fori*. Em suma, não se confundem as esferas normativas da qualificação e

disciplina jurídica das obrigações fundadas em apostas com aquela da ilicitude da prática de jogos de azar em território nacional” (POUDO, Fabrício Bertini Pasquot. Aspectos de direito internacional privado relativos às dívidas de jogo contraídas no estrangeiro: lei aplicável às obrigações e contornos da ordem pública. *Revista dos Tribunais*. vol. 876. p. 52 e ss. São Paulo: Ed. RT, out. 2008).

§ 643. C – Jurisprudência

Súmula Vinculante 2 do STF: “Constitucionalidade – Lei ou Ato Normativo Estadual ou Distrital – Sistemas de Consórcios e Sorteios. É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias” (STF, Sessão Plenária de 30.05.2007, *DJe* 31/2007, p. 1, em 06.06.2007).

A competência para homologação de sentença estrangeira no Brasil, após a vigência da EC 45/2004, transferiu-se do STF para o STJ. O mais relevante prejudgado do STJ, até agora, sobre o tema reconheceu possibilidade de concessão de *exequatur* para citar réu no Brasil em ação de cobrança de dívida de jogo contraída no estrangeiro:

“Carta rogatória – Citação – Ação de cobrança de dívida de jogo contraída no exterior – *Exequatur* – Possibilidade. – Não ofende a soberania do Brasil ou a ordem pública conceder *exequatur* para citar alguém a se defender contra cobrança de dívida de jogo contraída e exigida em Estado estrangeiro, onde tais pretensões são lícitas” (STJ, AgRg na Carta Rogatória 3.198/US, Corte Especial, j. 30.06.2008, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJe* 11.09.2008).

Nos tribunais de apelação, há acórdãos em sentido contrário a essa posição do STJ:

“O cheque emitido para pagamento de dívida de jogo é inexigível, nos termos do art. 1.477 do CC/1916 [revogado], ainda que a obrigação tenha sido contraída em país em que a jogatina é lícita, eis que o princípio do *locus regit actum*, consagrado no art. 9.º da LICC, sofre restrições em face da regra insculpida no art. 17 do mesmo diploma legal” (TJRJ, Ap 18836/00, 13.ª Câmara, j. 16.04.2001, rel. Des. Nametala Jorge, *DORJ* 28.06.2001, *RT* 794/381).

“Cheque – Emissão para pagamento de dívida de jogo – Inexigibilidade – Irrelevância de a obrigação haver sido contraída em país onde é legítimo o jogo – Regra alienígena inaplicável face aos termos expressos do art. 17 da LICC – Aplicação dos arts. 1.477 e 1.478 do CC/1916 [revogado] – Voto vencido em parte” (TAMG, Ap 128.795-4, 1.ª Câmara, j. 29.09.1992, rel. Des. Zulman Galdino, *RT* 693/211).

§ 644. O PROBLEMA DA IRREPETIBILIDADE

1. DIREITO ROMANO E REPETIBILIDADE; DIREITO LUSO-BRASILEIRO. – O direito romano ia à conseqüência lógica do seu tratamento das dívidas

de jogo proibido: era repetível a solução. De modo que há o problema histórico, antes do problema jurídico, do fundamento da irrepetibilidade. O direito comum, em vez de se ater ao estudo dos casos de obrigação natural segundo as fontes romanas, tentou a construção teórica, porém não desceu à solução de todos os problemas. No direito português, a decisão 88 de GABRIEL PEREIRA DE CASTRO (*Decisiones*, 390 s.) mostra que havia *jogos proibidos e jogos não-proibidos*; se proibido o jogo, o ganhante não tinha ação para haver a prestação (*Ad lucrata in ludo prohibito non datur actio*) e a repetição era admitida; se permitido, produzia-se a ação e cessava a repetição. MELO FREIRE (*Institutiones*, IV, 40) assim o entendia, mas temperava de limitações a regra de repetibilidade.

A repetibilidade, nos casos de jogos proibidos, assentava no reconhecimento da irresponsabilidade do que perdeu. O negócio não se formou válidamente; e era por isso, porque faltava a eficácia do *vinculum iuris*, que a *obligatio* (qua resultat ex ipso vinculo) não se produzia. A caracterização da dívida de jogo e de aposta como obrigação natural (Código Civil francês, arts. 1.967 e 1.235) voltou ao conceito de obrigação natural, com todos os inconvenientes de que falamos, e deixou sem precisa classificação o que se passa com os *contratos* de jogo e de aposta.

2. PROIBIÇÃO. – A) A prestação voluntária, tratando-se de jogos proibidos, ou de apostas proibidas, é *causa acquirendi* insuficiente; pois o direito não se produziu, nem, pois, a pretensão ou a obrigação se produz agora. A corrente dos escritores que vêem na prestação voluntária cumprimento de obrigação natural, portanto no jogo ou na aposta proibidos causa de obrigação natural (ou direito mutilado de toda a pretensão), discrepa da história e baralha fatos que a teoria geral do direito não poderia confundir. A noção de direito mutilado de modo nenhum serviria. Para que o direito, ou a pretensão se mutile, ou nasça mutilado, é preciso o ato jurídico que *exista e não seja nulo*. Assim, a negação de se tratar de simples *exceção de jogo ou de aposta*, com a afirmação de que não vale o negócio jurídico (o que pode ser julgado, em ação própria, provando-se o jogo ou a aposta), é a solução mais consentânea com a lei; pois que é nulo o negócio jurídico, não há obrigação natural, ou direito mutilado: não há obrigação, nem pretensão, nem direito.

A irrepetibilidade é atribuição de efeito.

O que o perdente prestou ao ganhante é repetível, se o fez por outra causa simulada que a do jogo ou aposta. Idem, se em fraude à lei. Quanto

à nulidade do contrato de jôgo ou de aposta, a questão não suporia a), nem c); porque, se o contrato de jôgo proibido, ou de aposta proibida, é contrato nulo por impossibilidade (art. 145, II, *verbo* “impossível”), não se pode pensar em mutilação nem em inexistência.

Se o jôgo – na espécie – é considerado crime, o contrato, que a respeito se fizer, tem objeto impossível. Se apenas depende de permissão, existe e é nulo (art. 145, V), se a lei mesma não cria outra sanção. Se o jôgo é, na espécie, permitido e somente não há permissão de serem em determinados lugares (lugares proibidos, por norma de polícia), então existe o contrato e vale, porque não se proibiu o jôgo mesmo e apenas se trata de manter a ordem pública.

B) Quanto aos jogos não-proibidos e às apostas não-proibidas, porém não especialmente regulados, o contrato *existe e vale*. Não há razão para se lhe fecharem as portas do mundo jurídico, nem para se lhe imprimir o sinete de nulo. Aqui, as regras dos Códigos Civis que lhes cortam a pretendibilidade e a acionabilidade encontra contrato (jurídico), possivelmente válido. O fato da mutilação salta aos olhos. Só se lhe cortam a ação e a pretensão.

Se o contrato de jôgo não-proibido é nulo, se não foi especialmente regulado, e tendo sido paga a dívida de jôgo, pode haver repetição, pois que houve pagamento injustificado: o art. 1.477, ao excluir a *condictio indebiti*, não no fez a favor daqueles contratos de jôgo e de aposta totalmente nulos em virtude das regras gerais (L. ENNECCERUS e H. LEHMANN, *Lehrbuch*, II, 602).

Aqui, é deveras interessante observar-se que se tem de atender à diferença, já antes estudada, ao tratar-se da nulidade por ilicitude (art. 145, II, *verbo* “ilícito”), entre o nulo por ilícito e o nulo por impossível (art. 145, II, *verbo* “impossível”), pois a confusão é freqüente, a despeito da exprobração de G. PLANCK (*Kommentar*, I, 4.^a ed., 363-364) e de A. VON TUHR (*Der Allgemeine Teil*, III, 22). O negócio jurídico de jôgo proibido ou aposta proibida é nulo por ilícito, ou por impossível, ou por ser dito em lei que seria nulo (art. 145, V).

C) Quanto aos jogos não-proibidos e especialmente regulados, é problema prévio de interpretação das leis saber-se se a *lex specialis* os livrou das regras da lei civil sobre jôgo e aposta, e até onde os livrou. Naturalmente, só dois pontos são relevantes para o nosso assunto: 1) qual a atitude da lei especial no tocante à inacionabilidade; 2) qual a atitude da lei especial no tocante à irrepetibilidade. Pôsto que, *a priori*, possa ela tirar a inci-

dência de *l*), é pouco provável que lei reguladora de algum jogo conserve a inacionabilidade; e o mesmo ocorre quanto à irrepetibilidade. De modo que aqui somente interessam os jogos e apostas que a lei permitiu e dotou de pretensão íntegra. Em todo o caso, ainda é de prever-se a lei reguladora de jogos ou apostas que os faça dependentes de permissão administrativa (polícia, autoridades municipais). Esses, se não houve a permissão e a lei mesma não cogitou de outra sanção, dão ensejo a contratos nulos (arts. 145, IV, cp. V). Não se pode pensar em serem nulos por impossibilidade (arts. 145, II, *in fine*), porque a lei lhes retirou, com a permissibilidade, aquela pecha de nocivos em si-mesmos. A falta é da *permissão*, e não da *possibilidade* (= ausência de fim moral e econômico sério). A permissibilidade excluiu a proibição; o negócio jurídico pode valer: se lhe faltou a permissão, é nulo; por isso, ineficaz (arts. 145, IV e V, conforme a espécie). Antes, A), *in fine*.

3. SANÇÃO. – As dívidas de jogo proibido ou da aposta proibida não existem, no plano jurídico (existe negócio jurídico nulo, *ineficaz*), nem, se dívidas morais (choque entre o direito e a moral, sendo, aí, menos exigente essa), se lhes dá qualquer *visibilidade*, estando-se no plano jurídico. Não podem ser garantidas por fiança, nem por penhor, nem por transmissão fiduciária de direitos, nem por estipulação de pena convencional, nem utilizadas para compensação. Mas – pôsto que o impossível do jogo proibido ou da aposta proibida não seja incluso no conceito de “objeto ilícito” (Código Civil, art. 145, II) – há irrepetibilidade, ou haja: *a*) solução na espécie prometida; *b*) ou dação em pagamento, ainda se se encobre em penhor, ou hipoteca, ou anticrese; *c*) ou consignação em pagamento, que é pagamento, salvo se anterior ao jogo (alegando que seria facilitar-se o jogo ou a aposta e essa não é a atitude político-jurídica do Estado, G. PLANCK, *Kommentar*, 3.^a ed., II, 810; H. DERNBURG, *Das Bürgerliche Recht*, 3.^a ed., II, 2, 182 s.); *d*) ou reconhecimento do saldo em conta corrente, ou se não há coincidência do que se disse no passivo com o que se diz no ativo, ou se lhe foi atribuído algum pressuposto inexato; *e*) ou se, tendo havido entrega de apólice de seguro, o que recebeu se dá por pago do que lhe coube no jogo ou na aposta (O. WARNEYER, *Kommentar*, I, 1199). Em todos esses casos, a solução é no plano jurídico.

As dívidas de jogo não-proibido ou de aposta não-proibida levam à irrepetibilidade, *salvo* se nulo, por alguma razão, o contrato de jogo ou de aposta. O que se disse antes sobre solução, se o jogo é proibido ou se é proibida a aposta, apanha esses casos; apenas, aqui, à diferença dali, há “solução”, e não *causa acquirendi* insuficiente.

Panorama atual pelos Atualizadores

§ 644. A – Legislação

O art. 1.477, *caput*, do CC/1916 [revogado] corresponde ao art. 814, *caput*, do CC/2002. O art. 1.477, parágrafo único, do CC/1916 [revogado] equivale ao art. 814, parágrafo único, do CC/2002. O art. 145, II, do CC/1916 [revogado] é parcialmente simétrico ao art. 166, II, do CC/2002.

Competência privativa da União para legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios: art. 22, XX, da CF/1988.

Sobre exploração de jogo de azar, loterias sem autorização legal e jogo do bicho: arts. 50 a 58 da Lei de Contravenções Penais (Dec.-lei 3.688, de 03.10.1941).

Sobre serviço de loterias: Dec.-lei 6.259, de 10.02.1944.

Sobre a Loteria Esportiva Federal: Dec.-lei 594, de 27.05.1969, e arts. 6.º, 8.º, 9.º e 10 da Lei 9.615, de 24.03.1998, com alteração por meio das Leis 10.672, de 15.05.2003, 11.118, de 19.05.2005 e 12.395, 16.03.2011.

§ 644. B – Doutrina

Devido à distinção entre jogos lícitos e ilícitos (ver art. 814, § 3.º, do CC/2002), a nulidade do jogo ilícito faz com que os arts. 814, *caput*, e 882, 2.ª parte, CC/2002 não possam ser invocados por quem recebeu o pagamento indevido (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. Atualizado por Régis Fichtner. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. vol. 3, p. 446 e ss.).

Os escritos atuais sobre o tema, a despeito de referirem as lições de Pontes de Miranda quanto à diferenciação de planos, no geral, optam por fundamentar a irrepetibilidade do pagamento voluntário “na condição do cumprimento da dívida ser natural e vinculada, apenas, a um dever moral” (DELGADO, José Augusto. *Comentários ao novo Código Civil: (arts. 803 a 853). Das várias espécies de contrato, da constituição de renda, do jogo e da aposta, da fiança, da transação, do compromisso*. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. 1. ed., 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2006. vol. 11, t. 2, p. 95).

§ 644. C – Jurisprudência

É identificável na jurisprudência um “grupo de casos” sobre a emissão de cheques (ou espécies outras de títulos de crédito) com o fim de eliminar a causa ilícita da obrigação neles lastreada. O entendimento pretoriano nessa hipótese é no sentido de que “[s]egundo o art. 1.477 do CC [art. 814 do CC/2002], as dívidas de jogo não obrigam o pagamento, mesmo que se trate de cheque, pois não é possível nem justificável que acobertado pelo formalismo das leis que regulam esse título, venha o julgador a ferir preceito de ordem pública” (1.º TACivSP, Ap 412.250-9, 3.ª Câmara, j. 19.02.1990, rel. Des. Ferreira Nogueira, RT 653/119). Identicamente: “Nulo título de crédito, quando emitido para pagamento de dívida de jogo por ocasião do ato de jogar. Dicção do art. 1.477 do CC/1916 então em vigor

(art. 814 do CC/2002)” (TJPE, Ap 0091.131-1, 6.^a Câm., j. 26.01.2005, rel. Des. Helena Caúla Reis, *DJPE* 24.02.2005, *RT* 837/322).

Em sentido contrário: “Monitória – Cheques prescritos – Ação movida antes do prazo previsto no art. 61 da Lei Uniforme – *Causa debendi* desnecessária – Dívida de jogo de azar – Bingo. 1. A perda da força, executiva não retira os atributos do título de crédito, sendo meio hábil ao ajuizamento de ação monitória independentemente da declinação da *causa debendi*. Inteligência do art. 1.102-A do CPC. 2. Dívida cobrada proveniente de jogo de bingo, ação monitoria amparada em cheques prescritos, admissível, entendimento consolidado pela Súmula 299 do STJ. Recurso provido” (TJSP, ApCiv 9155564-09.2006.8.26.0000, j. 14.04.2011, rel. Des. Andrade Marques). De modo também parcialmente contrário à tese da inexigibilidade do cheque dado em pagamento de dívida de jogo: “O cheque emitido para pagamento de empréstimo obtido para honrar dívida de jogo, pode ser executado em juízo como título executivo extrajudicial, desde que o empréstimo não seja contemporâneo ao jogo ou à aposta” (1.^o TACivSP, Ap 699.412-5, j. 22.09.1997, rel. Des. Cyro Bonilha, *RT* 750/283).

A ressalva legal quanto ao terceiro de boa-fé (art. 814, § 1.^o, *in fine*) também foi reconhecida pela jurisprudência: “Emissão para pagamento de dívida de jogo – Inexigibilidade – Nulidade que não pode ser oposta ao terceiro de boa-fé, que não pode ser arguida se há prova de que este conhecia perfeitamente a origem do débito – Aplicação do art. 1.477 do CC” (1.^o TACivSP, Ap 426.050-8, 14.^a Câm., j. 19.09.1990, rel. Des. Carlos Roberto Gonçalves, *RT* 670/94).

§ 645. ¿QUAL A CONCEPÇÃO DO CÓDIGO CIVIL?

I. CONTEÚDO DÚPLICE DO ART. 1.477 DO CÓDIGO CIVIL. – A lei não diz que às dívidas de jogo não corresponde a ação do ganhante; diz que “não obrigam” (art. 1.477). Quanto ao que se emprestou para jogo, ou aposta, no ato de apostar, ou jogar, é diferente: “não se pode exigir o reembolso” (art. 1.478); contrato houve, talvez válido, apenas o direito, que nasceu ao mutuante, é desprovido de pretensão. A regra do art. 1.477, no tocante a jogos proibidos e apostas proibidas, é tão forte quanto a do art. 145, II (impossibilidade do objeto) e ambas mais fortes do que a do art. 1.478; porém o art. 1.478 não se aplica só aos jogos proibidos e apostas proibidas, – é dessas regras que encobrem, na forma grosseira, duas classes diferentes (*e. g.*, quando se fala de nulidade para se abranger a nulidade e a anulabilidade). Os jogos proibidos e as apostas proibidas não vinculam (o contrato é nulo, por impossibilidade, art. 145, II, *in fine*); os jogos não-proibidos e as apostas não-proibidas vinculam, apenas não criam pretensão. A regra do art. 1.478 é comum a todos os jogos, proibidos ou não, mas há de atender-