

# NOTAS SOBRE A DISCIPLINA DO CONTRATO DE JOGO: ENTRE INSTRUMENTO NEGOCIAL DO HOMO LUDENS E PROTEÇÃO DA PESSOA CONTRA SI MESMA

Fábio Siebeneichler de Andrade<sup>1</sup>

Resumo: O presente trabalho versa sobre os pontos relevantes do jogo como contrato, apontando para sua relevância transcendental para a atividade humana, o que conduz à utilização do termo *homo ludens*, para designar esta percepção do ser humano. No âmbito jurídico, salienta-se o caráter contratual do jogo, bem como a particularidade da sua caracterização como obrigação natural. Destaca-se que essa visão decorre de uma visão paternalista do contrato de jogo, bem como da noção de proteção da pessoa de si mesmo, que atualmente é questionada em face do monopólio exercido pelo Estado relativamente à atividade comercial do jogo.

Palavras-Chave: Jogo; contrato; paternalismo

Abstract: This paper deals with the relevant aspects of the game as a contract, for its transcendental relevance to a human activity, which leads to the use of the term *homo ludens*, to designate this perception of the human being. In the juridical area, the contractual character of the game is emphasized, as well as a particularity of its characterization as natural. It is noteworthy that this view derives from a paternalistic view of the game contract, as well as the notion of protection of the person from himself, which is currently questioned in the face of the monopoly

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Universidade de Regensburg. Professor Doutor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, integra o corpo docente do Programa de Pós-Graduação em Direito (Doutorado e Mestrado)

exercised by the State in relation to the business of the game.

Keywords: Game; contract; paternalism

## INTRODUÇÃO



tema do jogo constitui-se em matéria de grande interesse em várias áreas do conhecimento. Na literatura, por exemplo, ao menos uma grande obra é dedicada ao assunto, abordando a fascinação que o jogo irradia no ser humano<sup>2</sup>. Vários escritos tem por base um jogo, sendo o mais famoso deles a luta entre Aquiles e Heitor, imortalizada na *Ilíada* de Homero<sup>3</sup>.

Quando se examina, porém, o campo das ciências sociais, sobressa a extrema reflexão atribuída ao assunto<sup>4</sup>, e se tem presente a grande relevância dada ao jogo pela sociologia, na medida em que a análise sociológica capta a importância do tema como manifestação lúdica, não somente do ser humano, como também fator presente na própria natureza<sup>5</sup>.

Relativamente à esfera humana, o jogo alcançaria uma função significativa, na medida em que teria um sentido próprio na sua prática, sendo que, no âmbito desta percepção, se

---

<sup>2</sup> A referência é feita precipuamente a Dostoiévsky e seu livro, o *Jogador*, escrito em 1867.

<sup>3</sup> Sobre o tema, cf. AZZARRI, Federico. *Gioco, Diritto, Contratto*. In: Sport e Ordine giuridici (BRUSCUGLIA, Luciano/ROMBOLI, Roberto), edizioni Plus, Pisa, 2009, pg. 300.

<sup>4</sup> Um exemplo desse interesse sobressai na esfera do processo civil, mediante o reconhecido artigo de P. Calamandrei, em que se lê expressamente o seguinte: “In tutte le istituzioni processuali è riconoscibile, per chiara derivazione storica, un significato figuratamente agonistico. Il dibattito giudiziario è una specie di rappresentazione allusiva e simbólica di un certamen primitivo in cui il giudice altro non era che un arbitro di campo”. Cf. CALAMANDREI, P. *Il Processo come giuoco*. Rivista diritto processuale, 1950, p. 23, 26.

<sup>5</sup> Ver por todos, HUIZINGA, Johan. *Homo Ludens, Vom Ursprung der Kultur im Spiel*. Rllowohlt Ed., 1994. Cf. também Homo Ludens – *O Jogo como elemento da cultura*, 8ª ed., Perspectiva, São Paulo, 2014, p. 3

vislumbra que ele pode ser um fator de fundamentação para determinadas esferas da vida social, dentre elas o direito.

Em essência, a atividade do jogo corresponde a um comportamento próprio, inato, do homem, que se expressa pela propensão ao divertimento, a sua esfera lúdica, e está presente na vida humana desde a antiguidade, de modo que possui inequívoca historicidade<sup>6</sup>.

Nesse sentido, há que se ter presente a plena autonomia do jogo como componente da vida humana e da esfera social em relação ao direito. O jogo não depende da disciplina jurídica para existir, na medida em que se constitui em elemento natural do homem. Em essência: preexiste ao Direito, na medida mesma em que não vinculado à condição humana<sup>7</sup>!

Muito embora a importância reconhecida pelos setores acima indicados, a literatura, como expressão da arte; a sociologia, no âmbito dos estudos acadêmicos, sobressai que no plano essencialmente normativo seja escassa a disciplina dada à matéria.

No Direito civil brasileiro, ao tratar do tema do jogo, o codificador de 2002 regula a matéria em poucos artigos. Segue, aqui, porém, uma tendência comum às principais legislações, em que a matéria de jogo e aposta possui uma disciplina restrita, ratificando o tratamento secundário outorgado ao assunto no âmbito jurídico<sup>8</sup>.

A razão reside nas restrições morais e econômicas relacionadas ao jogo, já objeto de referência na obra de Dostoyevsky, e que conduzem as políticas governamentais: o jogo se constituiria em uma atividade distrativa, oposta ao trabalho<sup>9</sup>,

---

<sup>6</sup> HUIZINGA, Johan. *Homo Ludens, Vom Ursprung der Kultur im Spiel*. Rllowohlt Ed., 1994, p. 5.

<sup>7</sup> Cf. HUIZINGA, Johan. *Homo Ludens, Vom Ursprung der Kultur im Spiel*. Rllowohlt Ed., 1994, p. 06.

<sup>8</sup> Sobre a desatenção doutrinária à matéria do jogo, ver VALSECCHI, Emílio. *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, volume XXXVI, t. 2, Milano: Giuffrè, 1986, pg. 2.

<sup>9</sup> Livro de Jó, 5:7: “O homem nasce para o trabalho”.

razão pela qual não deveria ser incentivado; o jogo à dinheiro, por sua vez, teria o agravante de produzir o enriquecimento de uma das partes às custas do empobrecimento – ou mesmo a ruína – da outra<sup>10</sup>.

Muito embora essa circunstância, o seu apelo à alma humana conduz a uma repercussão econômica que chama cada vez mais atenção, de modo que as críticas acima indicadas não impedem que ele seja administrado pelo Estado<sup>11</sup>.

Reputa-se, portanto, atual discorrer, ainda que sinteticamente, sobre os pontos essenciais desta figura, a fim de resgatar as questões clássicas e, na medida do possível, indicar as discussões contemporâneas relacionadas à matéria.

Por outro lado, há que se ter presente, relativamente à disciplina do jogo, que a regulação dada à matéria funda-se em particularidades, especialmente no que concerne à efetividade do vínculo jurídico estabelecido entre as partes.

Consoante será examinado no texto, o jogo como vínculo jurídico possui uma característica peculiar, no sentido de que o perdedor da disputa recebe uma proteção da ordem jurídica relativamente à exigibilidade da prestação pelo credor.

Vislumbra-se, aqui, a respeito desse ponto, a possibilidade de examinar a disciplina jurídica dada ao jogo pelo direito civil sobre a ótica da proteção da pessoa de si mesma<sup>12</sup>, ou, por outro ângulo, como expressão de uma concepção paternalista do contrato<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Cf. a respeito, ALLAND, Denis. *Morale et Argumentation*, Droits, vol. 62, 2017, pg. 25, 37; AMADIEU, Thomas. *Les Risques sociaux associés aux jeux de hasard et de argent*, Droits, vol. 62, 2017, pg. 127.

<sup>11</sup> Nesse sentido, BERLIN, Dominique, *L'Union Européenne, le Jeu...et la France*, Droits, vol. 62, 2017, pg. 143 e segs.

<sup>12</sup> Ver, por exemplo, SINGER, Reinhard. *Vertragsfreiheit, Grundrecht und der Schutz des Menschen vor sich selbst*, Juristen Zeitung, vol. 23, 1995, pg. 1133 e segs.; FABRE-MAGNAN, Muriel. *L'Institution de la liberté*, Paris, Puf, 2018, pg. 184.

<sup>13</sup> Ver, por exemplo, KRONMAN, Anthony. *Paternalism and the Law of Contracts*, The Yale Law Journal, vol. 92, 1983, pg. 763 e segs.; GORDLEY, J. *Morality and Contract: The Question of Paternalism*, Wm. & Mary Law Review, vol. 48, 2007, pg. 1733.

Esta tutela estabelecida ao jogo possui, porém, uma particularidade, pois não se apresenta para as hipóteses em que o jogo é administrado pelo Estado, no sistema de loterias, o que deve ser objeto de reflexão pela duplicidade de soluções que essa modalidade apresenta<sup>14</sup>.

Desse modo, sistematizou-se, sinteticamente, o trabalho em duas partes: a primeira abrangendo o enquadramento do jogo no direito das obrigações (I); a segunda, versando sobre o desenvolvimento e os efeitos da relação negocial de jogo (II).

## I) O ENQUADRAMENTO DO JOGO NO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

### A) O VÍNCULO JURÍDICO DE JOGO COMO CONTRATO: A ALÉA COMO SEU ELEMENTO ESSENCIAL

Em primeiro lugar, cumpre explicitar que, no plano jurídico, o jogo se situa, em uma perspectiva ampla, como um vínculo jurídico que se estabelece entre as partes. Em um sentido estrito, o Código civil de 2002 mantém-se fiel à posição do Direito civil brasileiro de tratar conjuntamente as matérias de jogo e de aposta, regulando-as como uma espécie de contrato<sup>15</sup>. Segue, assim, o modelo de outros códigos, como é o caso do Direito alemão (§ 762), do Direito francês (art. 1965) e do Direito italiano (art. 1933).

Observa-se, à primeira vista, que o Código civil

---

<sup>14</sup> A respeito ver AZZARRI, Federico. *Gioco, Diritto, Contratto*. In: Sport e Ordine giuridici (BRUSCUGLIA, Luciano/ROMBOLI, Roberto), edizioni Plus, Pisa, 2009, p. 302.

<sup>15</sup> Para a evolução histórica do jogo como contrato, cf. DEROUSSIN, DAVID. *Le Jeu comme contrat, Contribution historique à l'étude du contrat aléatoire*. Droits, v. 63, 2017, pg. 24; PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*. tomo VI, § 642, Borsoi ed. 1954, p. 43. Crítico sobre a conceituação do jogo como contrato, tendo em vista a suposta incompatibilidade da sua atividade com a visão negocial da figura contratual, ver VALSECCHI, Emílio. *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. v. XXXVI, t. 2, Milano: Giuffrè, 1986, p. 09.

brasileiro não contempla qualquer definição acerca das duas figuras que disciplina a partir do artigo 814. Preocupou-se, apenas, com a regulação de consequências do seu exercício. Cumpre, portanto, diferenciá-las, a fim de concentrar-se, a seguir, exclusivamente na análise do contrato de jogo.

Em síntese, o jogo caracteriza-se pelo fato de ser o contrato pelo qual duas ou mais pessoas se obrigam a uma prestação – em geral de pagar certa soma - àquela dentre os contratantes, que resulte vencedora na prática de determinada disputa, a que todos se entregam. A aposta, por sua vez, consiste no contrato pelo qual duas ou mais pessoas, com opiniões divergentes sobre determinado assunto por eles ignorado, se obrigam a pagar certa soma àquela cujo prognóstico for o verdadeiro<sup>16</sup>.

Extrai-se da distinção estabelecida na doutrina que o traço essencial da diferença entre os dois contratos reside na finalidade pretendida pelas partes. No jogo, é preponderante a idéia de participação, normalmente marcada pelo caráter lúdico<sup>17</sup>, razão pela qual se obriga o vencido a pagar ao vencedor uma soma em dinheiro, sendo este, em princípio, aquele mais hábil na atividade desempenhada. Na aposta, por sua vez, o resultado depende de acontecimento inesperado, imprevisto ou independente da vontade das partes, não sendo preponderante o elemento participativo<sup>18</sup>.

Há que se ter presente, portanto, que não obstante a reunião feita pelo Código Civil brasileiro, o certo é que inexistente identidade entre o jogo e a aposta. Consistem ambas em figuras

---

<sup>16</sup> Neste sentido, MONTEIRO, Washington de Barros. *Do Jogo e da Aposta*, In: Estudos Jurídicos em Homenagem ao Prof. Caio Mário da Silva Pereira, Forense, 1984, pg. 63; AZZARRI, Federico. *Gioco, Diritto, Contratto*. In: Sport e Ordinamenti giuridici (BRUSCUGLIA, Luciano/ROMBOLI, Roberto), edizioni Plus, Pisa, 2009, pg. 301.

<sup>17</sup> Nesse sentido, ver MEDICUS, D. *Schuldrecht II, Besonderer Teil*. 12. ed., Munique: Beck, 2004, p. 242; LOOSCHELDERS, D. *Schuldrecht, Besonderer Teil*. 13. ed. Vahlen, 2018, p. 383.

<sup>18</sup> Sobre este ponto, ver PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*. Tomo VI, § 642, Borsoi ed. 1954, p. 44 e segs.

distintas e autônomas: verifica-se a existência de jogo sem a aposta, bem como desta sem aquele.

Sustenta-se, porém, que a disciplina contida na legislação tem presente uma situação diferenciada, em que se apreende na verdade uma parte do todo, isto é, apenas a figura do jogo interessado, no qual há uma atividade econômica, representada pela circunstância em que as partes manifestam seu interesse na vitória ou derrota daquele que tenha melhor ou pior desempenho técnico em uma certa especialidade<sup>19</sup>.

Relativamente aos jogos não administrados, ou ocasionais, há unanimidade no sentido de consistirem em negócios consensuais, na medida em que se perfectibilizam pelo acordo de vontade<sup>20</sup>. Na hipótese em que existe administração da atividade, debate-se o negócio deveria ser qualificado como real, na medida em que se aperfeiçoaria pelo pagamento<sup>21</sup>. Há que prevalecer, porém, a concepção que considera que a compra de bilhete pelo jogador não torna o negócio contrato real<sup>22</sup>, na medida em que não atinge o pagamento do valor devido, que corresponde efetivamente à prestação do contrato<sup>23</sup>.

Corresponde, igualmente, a contratos onerosos, na medida em que há o interesse econômicos para as partes, a partir do vínculo estabelecido. Cumpre ter presente que a hipótese em que apenas o interesse lúdico preponderar, sem qualquer estimativa econômica, ter-se-á uma situação fora do direito, sem a caracterização de contrato.

---

<sup>19</sup> A este respeito, cf. VALSECCHI, Emílio. *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, volume XXXVI, t. 2, Milano: Giuffrè, 1986, p. 11.

<sup>20</sup> Ver, por exemplo, AZZARRI, Federico. *Gioco, Diritto, Contratto*. In: *Sport e Ordinamenti giuridici* (BRUSCUGLIA, Luciano/ROMBOLI, Roberto), edizioni Plus, Pisa, 2009, p. 305.

<sup>21</sup> Nesse sentido, AZZARRI, Federico. *Gioco, Diritto, Contratto*. In: *Sport e Ordinamenti giuridici* (BRUSCUGLIA, Luciano/ROMBOLI, Roberto), edizioni Plus, Pisa, 2009, p. 305.

<sup>22</sup> Esta orientação encontra-se, por exemplo, em PONTES DE MIRANDA, F.C. *Tratado de Direito Privado*, v. 45, § 4.902, n. 2, op. Cit.

<sup>23</sup> Nesse sentido, ver PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. *Contratos Nominados* III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 203, nota 1.

A par disso, cuida-se de um contrato bilateral, na medida em que ambas as partes estão expostos ao risco e têm a possibilidade de efetuar a prestação para o outro, caso se configure a perda da atividade realizada. Trata-se assim de um contrato sinalagmático<sup>24</sup>. Inexiste, portanto, unilateralidade, em face do fato de apenas um dos contraentes efetuar a prestação, por ser o perdedor<sup>25</sup>

Acrescente-se que se trata, em princípio, de contrato não solene, na medida em que pode ser celebrado verbalmente. É certo que poderá haver, nos jogos públicos, a necessidade de apresentação de uma espécie de documento, que se constitui como um título de legitimação, o que não descaracteriza a noção de contrato não solene<sup>26</sup>.

Vislumbra-se, até aqui, que o jogo pode ser enquadrado em diversas categorias negociais, na medida em que ele, no quadro dos negócios jurídicos, assemelha-se a diversos outras espécies de contratos, tendo por base a repercussão econômica da conduta realizada pelas partes.

Cumpra, porém, agora, destacar a característica definidora do contrato de jogo: com efeito, no quadro de análise dos contratos, sobressai que o jogo se qualifica, por definição, como um negócio jurídico aleatório<sup>27</sup>.

Esta categoria caracteriza-se pela circunstância de, no momento da celebração, estar presente, como se depreende, da

---

<sup>24</sup> Ver a respeito, DEROUSSIN, David. *Le Jeu comme contrat. Contribution historique à l'étude du contrat aleatoire*, Droits, vol. 63, 2017, p. 24.

<sup>25</sup> Sobre a discussão acerca da bilateralidade ou unilateralidade do contrato de aposta, ver VALSECCHI, Emílio. *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. v. XXXVI, t. 2, Milano: Giuffrè, 1986, p. 36.

<sup>26</sup> Sobre o tema, cf. AZZARRI, Federico. *Gioco, Diritto, Contratto*. In: Sport e Ordine giuridici (BRUSCUGLIA, Luciano/ROMBOLI, Roberto), edizioni Plus, Pisa, 2009, p. 306.

<sup>27</sup> Ver, por exemplo, DEROUSSIN, David. *Le Jeu comme contrat. Contribution historique à l'étude du contrat aleatoire*. Droits, 63, 2017, p. 15 e segs; VALSECCHI, Emílio. *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, v. XXXVI, t. 2, Milano: Giuffrè, 1986, p. 39; USTÁRROZ, Daniel. *Contratos em espécie*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 320.

própria denominação, uma álea, isto é, um acontecimento incerto, que irá pautar os efeitos do contrato<sup>28</sup>. Em essência, nos contratos aleatórios por natureza, a álea se apresenta em uma fase originária, e essencial, que molda a estrutura do negócio, razão pela qual será, em princípio, impossível valorar a relação de reciprocidade entre vantagens e perdas para as partes.<sup>29</sup>

Nesse contexto, o risco configura-se como elemento essencial dessa figura, sendo indispensável estabelecer a diferenciação entre sua presença nestes contratos e no de seguro. A tese prevalente consiste em conceituar que, no contrato de seguro, o risco é um elemento incerto preexistente, sendo que as partes celebram o negócio a fim de prevenir-se frente à possibilidade de sua concretização, mediante a ocorrência do sinistro. Em contrapartida, no contrato de jogo, o risco é um elemento originado pelas partes de modo artificial, com a finalidade precípua de causar uma alteração na sua situação patrimonial<sup>30</sup>.

Observe-se, ainda, que, apesar de presente a aleatoriedade, há que se diferenciar o jogo relativamente aos contratos diferenciais, isto é, aqueles negócios jurídicos em que uma das partes se compromete a pagar à outra, em determinado prazo, a diferença entre o preço estabelecido e o que for indicado pela Bolsa ou mercado<sup>31</sup>.

O Código de 1916, no art. 1479, equiparava esta espécie

---

<sup>28</sup> Nesse sentido, cf. a definição contida no artigo 1108, do Código civil francês – objeto de reforma pela Ordonnance 2016-131, de 2016, cujo teor é o seguinte: “Il est aléatoire lorsque les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain”.

<sup>29</sup> Cf. a respeito, com uma ampla análise da conceituação do contrato aleatório, GABRIELLI, Enrico. *Estudios sobre Teoría General del Contrato*, Lima: Jurista Editores, 2013, p. 105.

<sup>30</sup> Ver, por exemplo, VALSECCHI, Emílio. *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, volume XXXVI, t. 2, Milano: Giuffrè, 1986, p. 41; AZZARRI, Federico. *Gioco, Diritto, Contratto*, in Sport e Ordinamenti giuridici (BRUSCUGLIA, Luciano/ROMBOLI, Roberto), edizioni Plus, Pisa, 2009, p. 306.

<sup>31</sup> Sobre o tema, ver, por exemplo, PONTES DE MIRANDA, F.C. *Tratado de Direito Privado*, vol. 45, § 4.905, op. Cit; VALSECCHI, Emílio. *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. v. XXXVI, t. 2, Milano: Giuffrè, 1986, p. 48.

ao de jogo, vislumbrando neste tipo de operação um objetivo de ganho na diferença de valor, que seria correlata à existente no jogo e aposta. Acrescente-se à finalidade, a questão de que estaria presente nos negócios diferenciais o elemento risco, o que contribuiria para que se reputasse aplicável, portanto, em relação a estes negócios o regime do jogo e aposta. A consequência dessa orientação seria que os débitos decorrentes destes negócios seriam desprovidas de exigibilidade.

O Código de 2002 altera a regulação relativa aos contratos no mercado a termo, no artigo 816, do Código civil<sup>32</sup>, seguindo igualmente o desenvolvimento dado à matéria pelo legislador alemão, que revogou o referido parágrafo do BGB, sendo que a matéria passa a ser regulada pela legislação específica do mercado financeiro<sup>33</sup>.

Cuida-se de legitimar, no âmbito do Direito civil, forma de contratação comum no Direito empresarial: as partes vinculam-se para estipular, previamente, que estão obrigadas a prestar a diferença de valor entre determinados títulos. Não obstante o caráter especulativo que possa existir neste tipo de negócio, passa a considerar o legislador civil a diferença de causa entre este tipo de contrato e o de jogo e aposta, pois nele não há o propósito precípua de lucro com base em uma competição<sup>34</sup>.

Por fim, pode-se questionar se o contrato de jogo, a partir da disciplina estabelecida pelo Código de defesa do consumidor, nos casos em que se concretiza pela modalidade das loterias, ou nas atividades turfísticas, não deva ser enquadrado como contrato de consumo, na medida em que nesse caso é prestado um

---

<sup>32</sup> “Art. 816. As disposições dos arts. 814 e 815 não se aplicam aos contratos sobre títulos de bolsa, mercadorias ou valores, em que se estipulem a liquidação exclusivamente pela diferença entre o preço ajustado e a cotação que eles tiverem no vencimento do ajuste”.

<sup>33</sup> Gesetz zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland (Viertes Finanzmarktförderungsgesetz) de 21 de junho de 2002.

<sup>34</sup> Sobre o tema ver PINTO, Paulo Mota. *Contrato de swap de taxas de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar*. Revista de Legislação e Jurisprudência, 2014, p. 391 e segs.

serviço ao particular<sup>35</sup>.

Nesses termos, aplicar-se-ia em favor do particular, por exemplo, a tutela contratual do CDC, de modo que, exemplificativamente, potenciais disposições abusivas, à luz do artigo 51, do CDC, seriam reputadas como nulas, a fim de salvaguardar o consumidor do serviço de disposições desvantajosas.

## B) O VÍNCULO JURÍDICO DE JOGO COMO OBRIGAÇÃO NATURAL: MOLDURA PRIVADA PARA A PROTEÇÃO DA PESSOA DE SI MESMA

Estabelecidas as questões relativas ao enquadramento do jogo nas principais classificações contratuais, cumpre ingressar na questão essencial efetivamente regulada pela legislação.

Em harmonia não somente com o Código de 1916, mas também com a tradição sobre a matéria, o Código de 2002 dispõe expressamente apenas sobre a questão da fase do adimplemento do contrato de jogo e aposta.

Com efeito, no artigo 814, explicita o codificador brasileiro a noção de que as prestações decorrentes do jogo e da aposta não vinculam a parte, na medida em que não obrigam a pagamento<sup>36</sup>.

Inexiste, como se vislumbra, qualquer previsão acerca da fase da formação do vínculo, dos seus elementos essenciais. Esta circunstância decorre da referida especificidade do negócio, sendo o objetivo do legislador regular apenas e tão-somente o ponto que - a seu juízo - configura-se como a característica nuclear da matéria de jogo e aposta.

Em virtude da solução adotada pelo legislador brasileiro,

---

<sup>35</sup> Cf. sobre o tema, AZZARRI, Federico. *Gioco, Diritto, Contratto*. In: Sport e Ordine giuridici (BRUSCUGLIA, Luciano/ROMBOLI, Roberto), edizioni Plus, Pisa, 2009, p. 317 e segs.

<sup>36</sup> “Art. 814. As dívidas de jogo ou de 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”.

enquadra-se o contrato de jogo (e aposta) como espécie das obrigações naturais<sup>37</sup>, ou, em face da abrangência desta definição, obrigações reputadas como imperfeitas, tendo em vista a referida circunstância de serem destituídas de pretensão do cumprimento (*Erfüllungsanspruch*)<sup>38</sup>. A este respeito, cumpre explicitar que o direito brasileiro segue o traçado por outros ordenamentos, como servem de exemplo o direito alemão, o direito francês e o italiano<sup>39</sup>.

Em harmonia com o direito italiano, que é explícito na regulação da matéria no citado artigo 1933, a codificação explicita no § 2º do artigo 814 que essa regra se direciona também aos jogos não proibidos, ficando excepcionados apenas os jogos permitidos, que são, em princípio, relativos às loterias federais, regulados pelo Decreto-lei 204/67, e os que envolvem as apostas de turfe<sup>40</sup>, disciplinados pela Lei 7.291/84, em face da

---

<sup>37</sup> A este respeito, cf VALSECCHI, Emílio. *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. op. Cit., p. 32. Sobre o histórico das obrigações naturais no Direito Romano e sobre a classificação do jogo e da aposta nesta categoria, ver ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford University Press, 1996, p. 7; MOSCATI, Enrico. *Le Obbligazioni Naturali*. Padova: Cedam, 1999, p. 1 e segs.; ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *As Obrigações Naturais em perspectiva de harmonização*. In: *Obligaciones – contratos – responsabilidad*, ed. Universidad Externado, 2011, p. 157.

<sup>38</sup> Cf. SILVA, Clóvis do Couto. *A Obrigação como processo*. José Bushatski editor, 1976, p. 104; LOOSCHELDERS, D. *Schuldrecht, Besonderer Teil*. 13. ed. Vahlen, 2018, p. 383.

<sup>39</sup> Veja-se, por exemplo, a expressa disposição do § 762, 1, do Código Civil alemão: “Durch Spiel oder durch Wette wird eine Verbindlichkeit nicht begründet”. (Em tradução livre: pelo jogo ou pela aposta não se constitui uma vinculação). A matéria no direito francês encontra-se disciplinada no artigo 1965 do Código civil: “La Loi n’acorde aucune action pour une dette du jeu ou pour le payment de pari”. No direito italiano, o tema é regulado no art. 1933: “Non compete azione per il pagamento di gioco o di scommessa, anche se si tratta di giuoco o di scommessa non proibita”.

<sup>40</sup> APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE TÍTULO CUMULADA COM SUSTAÇÃO DE PROTESTO. CHEQUE PROTESTADO. DÍVIDA ADVINDA DE CORRIDA DE CAVALO. JOGO LÍCITO. DÍVIDA EXIGÍVEL. Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de procedência de ação declaratória de nulidade de título cumulada com sustação de protesto. Consoante a exordial, informa o autor o apontamento a protesto pelo réu de cheque, acerca do qual pugna pela declaração da

competência exclusiva da União<sup>41</sup>.

Esta percepção tem sido seguida na jurisprudência que nega ao credor, portanto, a possibilidade de exigir do devedor o pagamento<sup>42</sup>, com o efeito, inclusive, de considerar ausente o interesse na propositura de eventuais demandas<sup>43</sup>.

Ocorre que esta diretriz doutrinária, legislativa e jurisprudencial possui uma vinculação teórica primordial, relacionada ao que se denomina de paternalismo contratual<sup>44</sup>, ou caso queira se vislumbrar o tema por outro ângulo, mais geral, o da

---

nulidade, eis que advindo da prática de jogo de azar, consubstanciada em aposta em corrida de cavalos. A alegação suscitada pela parte autora relativa à inexigibilidade do valor representado pela cártula em razão de ser decorrente de jogo de azar não merece guarida, não apenas porque a corrida de cavalos é lícita e legalmente autorizada, mas também pela própria natureza do título ora vergastado, que, por constituir-se num título de crédito autônomo e abstrato, independe da análise da sua causa debendi. A atividade turfística está prevista na Lei n. 7.291/84 e regulamentada pelo Decreto n. 96.993/88, que dispõe, entre outras providências, que a realização de corridas de cavalo, com exploração de apostas, é permitida no Brasil. Ônus sucumbenciais invertidos. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70058895228, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio José Costa da Silva Tavares, Julgado em 25/08/2016)

<sup>41</sup> Súmula vinculante n. 2, do STF: “É inconstitucional a lei ou ato normativo Estadual ou Distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias”.

<sup>42</sup> “APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUE. DÍVIDA DE JOGO. Prova a evidenciar que a emissão do cheque que instrumentaliza a ação monitória foi emitido para o pagamento de dívida de jogo. As obrigações decorrentes de dívida de jogo são naturais, onde, apesar da existência da dívida, seu pagamento constitui-se liberalidade do devedor ante a sua inexigibilidade. Inteligência do art. 814 do Código Civil. Sentença confirmada. NEGÓCIO PROVIDO AO RECURSO. UNÂNIME”. (Apelação Cível Nº 70037823051, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson José Gonzaga, Julgado em 18/11/2010)

<sup>43</sup> “APELAÇÃO CÍVEL. POSSE E PROPRIEDADE. CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO. DÍVIDA DE JOGO. OBRIGAÇÃO NATURAL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. AUSÊNCIA DE DOLO ENTRE AS PARTES. INÉPCIA DA INICIAL. EXTINÇÃO MANTIDA. APELO DESPROVIDO”. (Apelação Cível Nº 70013442132, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Julgado em 27/06/2006)

<sup>44</sup> Cf. KRONMAN, Anthony. Paternalism and the Law of Contracts, *The Yale Law Journal*, 1983, vol. 92, p. 763.

proteção da pessoa contra si mesma<sup>45</sup>.

Em essência, cuida-se de considerar se o Estado detém igualmente a função de proteger as pessoas de determinados riscos, relativamente a determinados bens jurídicos a elas relacionados ou deve adotar uma percepção liberal, no sentido de garantir apenas a liberdade da pessoa em sua mais ampla aceção<sup>46</sup>.

No que concerne à matéria do texto, a preocupação estatal com a tutela da pessoa no ordenamento jurídico brasileiro sobressai, como se verifica tanto no Decreto-lei n. 9.215/46, que, ao proibir os jogos<sup>47</sup>, reputa ser “a tradição moral jurídica e religiosa do povo brasileiro contrária à prática e à exploração e jogos de azar”, como no referido Decreto-lei 204/67, que faz expressa menção ao princípio de que, “para salvaguardar a integridade da vida social”, cumpre impedir o surgimento e proliferação de jogos proibidos, que são aptos a atingir a segurança nacional.

Nesse sentido, ao privar-se o credor da pretensão de cobrar o crédito decorrente do ganho no jogo, incide a moldura acima indicada das obrigações naturais, de modo que não se reputa adequada a noção de que o jogo estaria afastado do direito, como se se tratasse de uma hipótese de *non droit*<sup>48</sup>.

Contemporaneamente, pode-se, porém, debater a adequação dessa regra, na medida em que a proteção à pessoa no ordenamento brasileiro – como também em outros países – somente prevalece fora dos jogos organizados pela administração pública, sendo que, na legislação nacional, ainda sobressai a

---

<sup>45</sup> Ver, por exemplo, SINGER, Reinhard. *Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst*. Juristen Zeitung, 1995, p. 1133 e segs.

<sup>46</sup> Explícito a esse respeito, SINGER, R. *Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst*. Juristen Zeitung, 1995, p. 1133.

<sup>47</sup> A proibição aos jogos de azar encontra-se no § 3º do artigo 50, do Decreto-lei 3688/41, sendo estes definidos como aqueles em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte.

<sup>48</sup> Sobre o tema do *non droit*, cf. CARBONNIER, J. *Flexible Droit*. 7. ed., Paris: LGDJ, 1992, p. 310 e segs.

circunstância de que as loterias são regidas exclusivamente pela União. De modo que próprio Ente que invoca a preocupação com o bem-estar e incolumidade da pessoa para imputar, manter e reprimir o jogo como atividade ilícita, organiza e monopoliza os ganhos decorrentes desta relevante atividade econômica<sup>49</sup>.

Não obstante esta circunstância, há que se ressaltar o que foi acima afirmado: o vínculo jurídico do jogo configura-se não somente como ato decorrente da autonomia privada, mas também como negócio jurídico bilateral: são, portanto, contratos, independentemente da circunstância acima indicada de se constituírem como obrigações naturais. Afinal, impõe-se ter presente que o negócio celebrado gera para a parte um débito, razão pela qual cumpre verificar na segunda parte do presente texto a questão que se estabelece acerca do cumprimento do vínculo estabelecido, mediante o pagamento de forma voluntária pelo devedor.

## II) DESENVOLVIMENTO E EFEITOS DO CONTRATO DE JOGO

### A) A QUESTÃO DO CUMPRIMENTO DO DÉBITO DE JOGO

Relativamente ao pagamento da dívida de jogo, o ordenamento brasileiro afirma a premissa da irrepitibilidade do pagamento.

Para que se configure a irrepitibilidade do pagamento, o legislador estabelece, porém, alguns requisitos a serem atendidos. Sobressai, inicialmente, a exigência expressa quanto ao discernimento e capacidade do devedor no ato do pagamento. Trata-se de requisito peculiar, na medida em que o ato de pagamento não exige necessariamente a vontade do devedor, na medida em que se pode qualificá-lo como ato devido.

---

<sup>49</sup> Nesse sentido, ver PELLET, Sophie. *Jeux et Paris: Dictionnaire du Contrat*. Paris: LGDJ, 2018, p. 695.

No caso, dos contratos sob análise o legislador estabeleceu essa exigência, tendo em vista não somente o caráter peculiar da irrepitibilidade do pagamento da dívida de jogo, como também a premissa de proteger a pessoa contra si mesma, pretendendo, portanto, estabelecer uma espécie de duplo controle de que o pagamento feito ao credor – ganhador do jogo – foi feito em estado de plena consciência.

Na hipótese de incapacidade da parte perdedora, ao tempo do pagamento, portanto, não se configura a situação de irrepitibilidade, conforme a previsão contida no artigo 814, caput. No referido dispositivo, faz-se menção aos casos do menor e do interdito. Cumpre ter presente, que a reforma ocorrida no direito privado, com a promulgação do Estatuto da deficiência (Lei 13.146/2015), muito embora a ampla alteração no status da capacidade, não retirou do nosso ordenamento a figura da interdição, mantendo assim a compatibilidade da disciplina estabelecida no preceito específico do contrato de jogo.

Não se limita o Código a dispor apenas para os contratos de jogo e aposta esta solução. No § 1º do artigo 814, consta a determinação de que negócios que encubram ou sejam confirmativos da dívida de jogo, como a confissão de dívida, ou então de novação ou fiança do contrato de jogo e aposta também estão sujeitos à mesma regulação<sup>50</sup>.

Preocupa-se, portanto, o legislador com a possibilidade de que se procede a uma forma de encobrimento do negócio de jogo e aposta, a fim de compelir o devedor a prestar o valor devido. Observe-se que a redação do dispositivo legal é genérica, razão pela qual a interpretação há de ser ampliativa, a fim de abranger negócios como a transação ou a promessa de doação<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> Com efeito, mesmo no Direito Romano as obrigações naturais poderiam ser objeto de novação. Ver a respeito ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford University Press, 1996, pg. 7.

<sup>51</sup> Ver MONTEIRO, Washington de Barros. *Do Jogo e da Aposta*, in *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Prof. Caio Mário da Silva Pereira*. Forense, 1984, p. 74; VALSECCHI, Emílio. *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. op. Cit., p. 136.

Em relação a terceiros de boa fé, porém, mantém-se a orientação já existente, no sentido de que ele não está vinculado à restrição legal. Ou seja, se um título de crédito decorrente de dívida de jogo circular e o terceiro pretender descontá-lo, ignorando a origem da dívida, há obrigação de pagamento<sup>52</sup>.

Relativamente à esta questão expressa no artigo, pode surgir, porém, dúvida, nos casos em que o pagamento for feito mediante cheque, em face do caráter *pro solvendo* deste título. No direito anterior, a jurisprudência se inclinava para não permitir a cobrança de dívida paga por cheque<sup>53</sup>. Ao enfrentar o assunto já sob a vigência do Código Civil de 2002, o Superior Tribunal de Justiça adotou, em uma primeira série de decisões, posição distinta, reconhecendo ao credor de dívida de jogo, cujo pagamento foi feito em cheque, a possibilidade de exercer sua pretensão<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> Cf., por exemplo, a seguinte ementa do Tribunal de Alçada do RS: “Cheque. Dívida de jogo. Má-fé da emitente. Sendo o cheque uma ordem de pagamento à vista, se emitido em branco pela mãe, em favor do filho, para saldar dívida de jogo deste, a nulidade não pode ser oposta a terceiro de boa-fé que obteve em pagamento de débito daquele que recebeu em virtude de jogo ou aposta. A sustação de seu desconto com base em registro de extravio falso e os embargos do devedor procurando desconstituir sua natureza de título executivo, configuram comportamento temerário e representam, na verdade, uma tentativa de recobrar uma dívida natural já paga, em afronta à regra do art. 1.477 do CC. Apelo provido”. (Ap. civ. 195019294, Rel. Marco Aurélio dos Santos Caminha, 2ª C. Civ., j. 12.12.1996).

<sup>53</sup> “Dívida de jogo ou aposta. Corrida de cavalo via satélite dos Estados Unidos da América do Norte. *Simulcasting*. Cheques emitidos pelo apostador para pagamento. Entidade não licenciada. É juridicamente impossível exigência de crédito oriundo de jogo ou aposta por quem não possui licenciamento para explorar tais atividades” (Ap. Civ. 70007094550, Rel. Des. Carlos Cini Marchionatti, 20ª C. Civ. TJRS, j. 22.10.2003).

<sup>54</sup> Neste sentido, ver a orientação do STJ no Resp. 822.922-SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, j. 06.03.2008: “Dívida de jogo. Pagamento. Cheques. Ação de locupletamento. 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”. Refira-se que em decisão proferida no REsp 307104/DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, o STJ já havia se posicionado no sentido de permitir a propositura de ação monitória por credor de dívida de jogo, contraída no exterior, em que o devedor

Há, porém, orientação jurisprudencial restritiva, que reputa ser exigível a dívida somente nos casos de jogo lícito, razão pela qual, nas demais hipóteses, o pagamento por cheque não seria exigível<sup>55</sup>, e que possui o diferencial de examinar situação ocorrida no Brasil – enquanto a decisão anterior tratava de débito contraído no exterior, em país em que o jogo é atividade lícita.

Trata-se, portanto, de diretriz negativa que se estabelece na Corte Especial, a fim de assegurar o caráter indesejado da atividade de jogo, impondo ao credor que aceita o pagamento pelo devedor de sua dívida mediante cheque o risco de não recebimento do valor.

Na redação do § 2º, do artigo 814, o legislador preocupava-se expressamente em ratificar que a previsão legal de não exigibilidade do pagamento atinge também os jogos não proibidos. Ou seja, abrangeria não apenas os jogos proibidos, ilícitos, tendo em vista a determinação legal<sup>56</sup>, como também a toda uma esfera

---

efetuou o pagamento por meio de cheques.

<sup>55</sup> Cf. o REsp n. 1406487/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. 04.08.2015, em cuja ementa consta o seguinte: “Recurso Especial. Dívidas de jogo. Casas de bingo. Funcionamento com amparo em liminares. Pagamento mediante cheque. Distinção entre jogo proibido, legalmente permitido e tolerado. Exigibilidade apenas no caso do jogo legalmente permitido, conforme previsto no artigo 815, § 2º do Código Civil.

1. Controvérsia acerca da exigibilidade de vultosa dívida de jogo contraída em casa de bingo mediante a emissão de cheques por pessoa diagnosticada com estado patológico de jogadora compulsiva.

2. Incidência do óbice da Súmula 284/STF no que tange à alegação de abstração da causa do título de crédito, tendo em vista a ausência de indicação do dispositivo de lei federal violado ou objeto de divergência jurisprudencial.

3. As dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento (art. 814, caput), sendo que o preceito contido neste artigo tem aplicação, ainda que se trate de jogo não proibido, só se excetuando os jogos e apostas legalmente permitidos (art. 814, § 2º, do Código Civil).

4. Distinção entre jogo proibido, tolerado e legalmente permitido, somente sendo exigíveis as dívidas de jogo nessa última hipótese. Doutrina sobre o tema.

5. Caráter precário da liminar que autorizou o funcionamento da casa de bingos, não se equiparando aos jogos legalmente autorizados.

6. Inexigibilidade da obrigação, na espécie, tratando-se de mera obrigação natural.

7. Recurso Especial desprovido.

<sup>56</sup> É extensa a legislação sobre a matéria. Cite-se, aqui, por exemplo, o decreto-lei n.

de atividades eventualmente não reguladas pelo legislador, os jogos tolerados, que, em princípio, em face da legislação penal, são aqueles que não se caracterizam como jogos de azar, tendo em vista a sua vinculação à habilidade do jogador.

Somente, portanto, uma terceira situação, aquela representada pelos jogos expressamente autorizados, está excluída da previsão legal, conforme já se indicou anteriormente: situações como loterias (Decreto-lei 204/67), o turfe (Lei 7.294/84), que conferem ao ganhador a pretensão para receber o prêmio. Nesses termos, nos casos em que não se verifica a expressa licitude mediante lei, ocorrendo apenas uma autorização precária mediante liminar – como tratou o STJ em decisão acima transcrita – não estão abrangidas pelo artigo 814.

Na doutrina, há quem recorde que os jogos proibidos, por serem ilícitos, devem ser tecnicamente reputados como nulos, razão pela qual deveria ser extraída a consequência de não gerarem direitos ou obrigações<sup>57</sup>, de modo que a previsão legal destinar-se-ia precipuamente aos jogos tolerados, caracterizados pela referida ausência de pretensão<sup>58</sup>. Esta percepção se aplicaria também ao ponto da irrepetibilidade, pois, se há nulidade, por força da ilicitude do negócio celebrado, há que se concluir pela solução do retorno às partes ao estado anterior<sup>59</sup>, razão pela qual

---

3.688, de 3.10.1941, que dispõe sobre as contravenções relativas à polícia de costumes, estabelecendo penas para os jogos de azar, as loterias não autorizadas, loterias estrangeiras, loterias estaduais, exibição ou guarda de lista de sorteio, impressão de bilhetes, lista ou anúncios, publicidade de sorteio e jogo do bicho (arts. 50 a 58). A Lei de Contravenções Penais define jogos de azar no § 3º do art. 50: (a) o jogo em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte; (b) as apostas sobre corrida de cavalos fora de hipódromo ou de local onde sejam autorizados; (c) as apostas sobre qualquer outra competição esportiva.

<sup>57</sup> PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*, 45, § 4.906 et seq., op. Cit., pg. 248; COUTO E SILVA, Clóvis do. *A Obrigação como processo*, op. Cit., p. 106.

<sup>58</sup> PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*, 45, § 4.907, op. cit., pg. 252.

<sup>59</sup> PONTES DE MIRANDA, F.C. *Tratado de Direito Privado*, 45, § 4.908, op. cit., p. 254; GOMES, O. *Contratos*. 10. ed., Forense, 1990, pg. 485.

não deveria prevalecer a tese de perda do valor pelo que pagou, com base na aplicação da regra ‘*in pari causa turpitudinis*’<sup>60</sup>.

Esta orientação, porém, não foi a estabelecida pelo Código Civil de 2002, que preferiu adotar regra própria para as dívidas de jogo e aposta. Não obstante se possa reconhecer que há ato nulo por força de ilicitude penal, o Código segue a solução de que as dívidas de jogo e aposta, no plano civil, devem ter tratamento diferenciado, em face da noção de que a sanção penal não deve interferir na relação de âmbito privado, que mantém a natureza de obrigação natural<sup>61</sup>, de modo que, aquele que aposta ou joga, se pagar ao outro, não pode exigir o adimplemento ou recobrar o que pagou<sup>62</sup>.

Por fim, são igualmente excepcionadas pelo legislador, no § 3º do artigo 814, as competições de natureza esportiva, intelectual ou artística. A razão precípua desta previsão legal encontra no fato de que elas, muito embora possuam o caráter lúdico e de divertimento presente na concepção de jogo – ou de aposta –, pressupõem antes de tudo a capacidade técnica dos competidores e não, de modo estrutural, o caráter essencialmente aleatório, que é reputado como impróprio e ilícito aos olhos do legislador.

Por conseguinte, nas hipóteses do § 3º, o vencedor pode exigir o pagamento do prêmio, não estando sujeito às limitações do caput do art. 814, desde que preencha os demais requisitos, como o de atender às determinações legais e regulamentares.

---

<sup>60</sup> Cf. MOSCATI, Enrico. *Le Obligazioni Naturali*, Padova: Cedam, 1999, p. 110. Ver também BARROS, Maria Ester Arroyo Monteiro de. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 454.

<sup>61</sup> Sobre este ponto, cf. MOSCATI, Enrico. *Le Obligazioni Naturali*. Padova: Cedam, 1999, p. 91, 92 e nota 18.

<sup>62</sup> Ver por exemplo a seguinte ementa do TJRS: “Autor é contemplado em sorteio de chamada ‘ação entre amigos’. Sorteio cancelado em virtude não haver número mínimo exigido de apostadores. Não há que se falar em cobrança de dívida de jogo ou aposta não permitidas por lei, conforme art. 814, caput, e § 2º do Código Cível. Por fim, esse tipo de sorteio é por lei proibido, Lei n. 6.259, de 10.02.1944. Apelo desprovido”. (AP. Civ. 70012667978, Rel. Ney Wiedmann Neto, 6ª C. Civ, j. 19.10.2006)

## B) EFEITOS DA DISCIPLINA ESPECIAL DO CONTRATO DE JOGO

Conforme foi explicitado na primeira parte do trabalho, a álea é um elemento essencial do contrato de jogo. Faz-se mister para que se configure o jogo como contrato, que a imponderabilidade esteja presente, demarcando a estrutura do jogo como negócio.

Nesse contexto, se um dos jogadores, parte do contrato celebrado, age de forma deliberada no sentido de enganar o outro, configura-se uma situação passível de ser enquadrada como conduta dolosa, o que é objeto de regulação pelo Código civil, no artigo 814.

Nesse caso, porém, verifica-se *prima facie* a incidência de uma exceção à disciplina geral do contrato de jogo, pois, tendo sido afastado o pressuposto nuclear do contrato, não há como ser reputado como válido o pagamento feito pelo perdedor, de modo que a regra da irrepetibilidade, exposta acima, não será aplicada.

Afinal, como indicado anteriormente, o contrato de jogo pressupõe que ambas as partes tenham um risco de perda e igualmente uma chance de ganho, de modo que a prática de um ardil, de um estratagema a fim de burlar o outro, por uma delas, irá alterar esse equilíbrio indispensável para que se repute aplicável a regra da irrepetibilidade do pagamento.

Esta é, portanto, a justificativa para que o codificador tenha feito menção apenas ao dolo no artigo 814, na medida em que se trata de situação especial, relativa ao elemento de existência do contrato de jogo, conforme igualmente reconhecem outros ordenamentos<sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup> No direito francês, o codificador é ainda mais explícito, fazendo menção, no artigo 1967, a par do dolo, às hipóteses de fraude e engano, como causas para se configurar a exceção de irrepetibilidade. No original: “Dans aucun cas, le perdant ne peut répéter ce qu’il a volontairement payé, à moins qu’il n’y ait eu, de la part du gagnant, dol,

Esta circunstância não implica, porém, que as situações gerais de invalidade previstas na parte geral do Código civil não possam também incidir sobre o contrato de jogo, acarretando sua nulidade ou anulabilidade<sup>64</sup>. A verificação, portanto, da incapacidade da parte como razão condutora de nulidade deve configurar antes de tudo um pressuposto geral de invalidade do negócio de jogo, do que regra específica decorrente de sua disciplina, muito embora essa diretriz não transpareça necessariamente na jurisprudência<sup>65</sup>, tendo em vista sua preocupação primordial em resguardar a pessoa dos riscos sobre si mesma, em face das consequências patrimoniais decorrentes da contratação.

Consoante foi tratado no item antecedente, os débitos decorrentes de jogo – ou aposta – não obrigam a pagamento, muito embora não se possa recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou.

Cumprido pontuar que esta disciplina acarreta desdobramentos, não se limitando, com efeito, ao contrato de jogo em si. Veja-se que o Código civil de 2002 manteve, no artigo 815<sup>66</sup>, a previsão do artigo 1.478, do Código de 1916: sendo inexigível a dívida de jogo, será da mesma forma o empréstimo feito para esta prática, na medida em que se considera como um estímulo

---

supercherie ou escroquerie”. No mesmo sentido direciona-se a solução do direito italiano, que na segunda parte do artigo 1933, faz menção à inexistência de fraude para a incidência da regra da irrepitibilidade.

<sup>64</sup> Nesse sentido, ver PONTES DE MIRANDA, F.C., Tratado de Direito Privado, 45 § 4.908, 6, op. Cit.

<sup>65</sup>“CHEQUES EMITIDOS PARA PAGAMENTO DE DÍVIDA CONTRAÍDA EM BINGO. DEMONSTRAÇÃO DE PROBLEMAS PSÍQUICOS DA EMITENTE A COARCTAR-LHE A VONTADE. INEXIGIBILIDADE DOS TÍTULOS. Demonstrada no processo a submissão da emitente dos títulos a tratamento psicológico e psicoterápico, por ocasião da emissão dos cheques para pagamento de dívida em casa de bingo, coerente a decisão que extingue a execução amparada na inexigibilidade das cártulas em face do desequilíbrio da pessoa e em consideração à dignidade humana. APELO DESPROVIDO”. (Apelação Cível Nº 70008054629, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Adelar Finatto, Julgado em 27/04/2004)

<sup>66</sup>Art. 815. “Não se pode exigir reembolso do que se emprestou para jogo ou aposta, no ato de apostar ou jogar”.

a esta atividade ou uma forma de exploração do estado de ânimo do jogador.

O pressuposto essencial do preceito consiste em que o empréstimo ocorra no momento de realização da aposta ou do jogo<sup>67</sup>, sob a justificativa de que, nesta ocasião, estariam afetadas as condições psicológicas do jogador ou apostador e estaria ainda configurada a ciência do mutuante da finalidade do empréstimo<sup>68</sup>.

Uma vez mais verifica-se aqui a concepção paternalista da disciplina legal, que se justifica na medida em que se considera que o empréstimo tem a finalidade de subsidiar a pessoa com os meios financeiros aptos a cobrir o encargo financeiro necessário para o jogo. Protege-se, portanto, a pessoa contra ela mesma, afastando-se os efeitos do contrato de mútuo.

Ressalve-se, porém, que há de ser concedida, efetivamente, interpretação restritiva à tutela legal, a fim de que estejam bem delimitadas as relações de causa e efeito, no caso, entre o empréstimo realizado e o subsequente ato de jogar por parte do mutuário.

Desse modo, não se enquadram na regra do Código civil os empréstimos feitos anteriormente a este ato, não obstante tenham sido realizados com a finalidade de saldar dívida de jogo.

Sustenta-se também a necessidade de que o empréstimo seja realizado no local em que se realiza o jogo ou o aposta, na

---

<sup>67</sup> Ver, por exemplo, o REExt. 65319/SP, Rel. Min. Evandro Lins e Silva, 2ª turma, j. 03.12.1968: “Dívida de jogo. Fornecimento de fichas em clube destinadas a jogo e para pagamento em momento posterior. É inexigível o reembolso do que se emprestou nessa situação. Recurso extraordinário não conhecido”.

<sup>68</sup> “AÇÃO DE COBRANÇA. CHEQUE REPRESENTATIVO DE DÍVIDA DE JOGO EM CAÇA-NÍQUEIS PROIBIDOS POR LEI. ILICITUDE DO OBJETO. Tendo o débito cobrado origem em empréstimo feito ao réu para que ele pudesse jogar em máquinas caça-níqueis, proibidas por Lei, e que eram administradas pelo autor, não se mostra lícito o objeto do contrato, razão por que se impõe a declaração de sua nulidade, com fundamento no art. 104, II, do Código Civil. Despicienda, à vista disso, a discussão sobre a incidência de juros ilegais no empréstimo feito. Provimento do recurso”. (Recurso Cível Nº 71000586875, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 04/11/2004)

medida em que este requisito vai ao encontro da solução legal<sup>69</sup>, que exige uma correlação de tempo entre o empréstimo e a prática do jogo ou aposta.

Acrescente-se que a regra do artigo 815 incide, igualmente, apenas para os jogos tolerados, que são o objeto da disciplina do Código civil. Em se tratando de jogos permitidos, no caso as já citadas loterias federais, disciplinadas por legislação especial, não se aplica o disposto no artigo 815.

Cumpra ter presente ainda que a regulação estabelecida pelo artigo 815 afeta a eficácia do ato de empréstimo, não implicando, portanto, qualquer efeito no âmbito da validade do contrato de mútuo<sup>70</sup>.

Há que se observar que, sendo a interpretação a ser dada a matéria necessariamente restritiva, o ônus de provar que o empréstimo realizado se destinava a jogo tolerado, é do mutuário, de modo que as premissas acima indicadas devem ser devidamente comprovadas, sob pena de não se concretizar a disciplina legal<sup>71</sup>.

## CONCLUSÃO

A partir do que se expôs de forma sintética no presente trabalho, extrai-se, inicialmente, a percepção de que o jogo, muito embora a percepção de sua inutilidade, ressaltada por exemplo na obra de Dostoievski, a partir da noção de que sua

---

<sup>69</sup> Cf. PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*, vol. 45, § 4.909, 2.

<sup>70</sup> Cf. PONTES DE MIRANDA, F.C. *Tratado de Direito Privado*, v. 45, § 4.909, op. Cit; PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. *Contratos Nominados III*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 214.

<sup>71</sup> “Embargos de terceiro. Penhora de bem imóvel e reserva de meação. Alegação de que o valor do empréstimo, em execução, serviu para jogo de azar. Presumindo-se que a dívida contraída pelo marido deu-se em benefício da família, incumbe à mulher provar o contrário, ônus que, no caso, não se desincumbiu. Sentença de procedência dos embargos e acórdão de provimento do recurso”. (Apelação Cível Nº 70003960622, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Cini Marchionatti, Julgado em 18/09/2002)

prática se contrapõe ao trabalho, expressão por excelência da utilidade -, corresponde a uma expressão do caráter humano persistente no curso do tempo e, que, ao contrário do que se poderia supor, aumenta de intensidade, mediante novas modalidades, como servem de exemplo os jogos eletrônicos.

Em segundo lugar, configurou-se que o vínculo jurídico do jogo decorre da autonomia privada, e se constitui como negócio jurídico bilateral: trata-se, portanto, de um contrato, que gera consequências patrimoniais para a parte perdedora.

De um lado, cuida-se de um contrato cuja principal característica será a aleatoriedade, tendo em visto que o risco se configura em seu traço essencial; de outro, modernamente, assume outros atributos, como o de contrato de consumo.

Por outro lado, a regulação jurídica dada classicamente ao jogo enquadra-se como obrigação natural, na medida em que o legislador retira do credor a possibilidade de acionar o devedor a fim de obter o seu crédito.

Esta circunstância não decorre, porém, apenas da concepção clássica do jogo: há que se apontar a noção paternalista do contrato e a questão da proteção da pessoa contra si mesma como fundamentos para esta tutela.

A questão contemporânea, porém, que aflora de modo candente, não só no Brasil, como em outros ordenamentos, é se se deve perseverar nesta percepção, quando o Estado atua de forma inequivocamente contraditória, pois é o mesmo Ente que, de um lado reprime a atividade – como no caso dos bingos - e restringe o direito subjetivo do credor – e de outro, monopolisticamente, administra o exercício de jogos como as loterias.

Nesse quadro, há que se considerar que a tutela da pessoa contra si mesmo pode ser um mero pretexto para o monopólio estatal, retirando possibilidades da atividade privada, e apropriando-se do caráter natural do *homo ludens*.