

Reflexões Sobre o Direito do Jogo Lusófono: A Propósito do Contrato de Jogo e Aposta e do Crédito para Jogo e Aposta em Casino

*Hugo Luz dos Santos **

I.

O contrato de jogo e aposta tem, hodiernamente, uma vincada importância económico-social. Depois de anos de aparente letargia jurídica, o contrato de jogo e aposta conheceu uma inusitada actividade jurisprudencial através do contrato de *swap* de taxas de juro, em sede do qual aquele (o contrato de jogo e aposta) foi a estrela polar da «primeira fase da jurisprudência dos *swaps*».

O contrato de jogo e aposta não esgota, todavia, a sua alta aplicabilidade prática no *mare magnum* dos contratos de *swap* de taxas de juro. Pelo contrário. O contrato de jogo e aposta estende a sua importância sócio-económica a todos os quadrantes de uma comunidade sócio-cultural e jurídica, e isso é visível em qualquer casino do mundo e não é, por isso, reconduzível a um dado e limitado espectro normativo-jurídico. A importância sócio-económica do contrato de jogo e aposta perpassa quer os estratos sócio-económicos mais favorecidos, quer os menos desfavorecidos. Ricos, pobres ou «remediados», todos «tentam a sua sorte» nos casinos. Esta transversalidade económico-social é, no fundo, auto-explicativa: todos os dias e em todo o espaço lusófono (de Macau a Portugal) celebram-se, formal ou informalmente, contratos de jogo e aposta. Além da sua visível importância económico-social, o contrato de jogo e aposta tem, igualmente, diversas implicações jurídico-sociais. Isso explica que o contrato de jogo e aposta surja na confluência de candentes questões sociais (como o jogo compulsivo e o jogo responsável, ainda muito incipientes do ponto de vista do tratamento doutrinário e jurisprudencial

* Magistrado do Ministério Público, em licença sem vencimento (Portugal)/Chair of the Board of the Panel of Vantage 10, Leading in Dispute Resolution Worldwide (Londres, Reino Unido). Editorial Board Member of International Journal of Law and Society, Science Publishing Group (Nova Iorque, Estados Unidos da América). As opiniões expressas neste artigo não reflectem, de modo algum, as posições institucionais das entidades a que o autor se encontra vinculado.

no espaço lusófono) e de intrincadas questões jurídicas (como o eventual dever de cuidado dos casinos em relação aos jogadores compulsivos; o dever de organização do casino tendente a evitar danos a terceiros, dentre os quais os jogadores compulsivos; ou o sentido profundo de certas soluções jurídicas como o «*disgorgement*» ou a «*faute lucrative*», relativamente a prémios de jogo pagos a menores e outros incapazes).

Tentando acompanhar os «ventos da actualidade jurídica» que promanam da alta aplicabilidade do contrato de jogo e aposta, o presente artigo visa conferir um tratamento doutrinário a estas questões puramente contratuais no âmbito do direito do jogo¹ que têm sido muito negligenciadas no panorama académico lusófono². A referência ao panorama

¹ É consabida a natureza multidisciplinar do Direito do Jogo, que perpassa o Direito Constitucional, o Direito Administrativo, o Direito Penal, o Direito Contra-Ordenacional, o Direito Contravencional, o Direito Comercial, o Direito das Sociedades Comerciais, o Direito Processual Civil (em matéria do pacto de jurisdição previsto no regime jurídico de Concessão de Crédito para Jogo ou para Aposta) e, claro, o Direito Civil (na sua vastidão e dispersão). O presente texto gravita em torno das questões sociais do Direito do Jogo (o jogo compulsivo e o jogo responsável) e, essencialmente, das questões puramente civilísticas (contratuais, portanto), deixando de lado as matérias acima elencadas que foram tratadas exaustivamente em monografias anteriores da nossa co-autoria e para as quais se remete o leitor interessado, a saber: Hugo Luz dos Santos/José Miguel Figueiredo, *Regime de Jogo Ilícito – Anotado e Comentado (Lei N.º 8/96/M)*, Macau, China, Centro de Formação Jurídica e Judiciária/Universidade de Macau, 2018; Hugo Luz dos Santos/José Miguel Figueiredo, *Regime Jurídico de Concessão de Crédito para Jogo ou para Aposta em Casino – Anotado e Comentado (Lei N.º 5/2004)*, Macau, China, Centro de Formação Jurídica e Judiciária/Universidade de Macau, 2018.

² Nunca é demais enfatizar o papel que a doutrina desempenha no “*rejuvenescimento interno do sistema jurídico*”, recentemente sublinhado por autorizada doutrina, sob a epígrafe “Interpretação e o protagonismo da doutrina”. Como bem nota essa abalazada doutrina “A interpretação será tanto mais valorizada, mais rica e criativa, e o *protagonismo da doutrina* tanto maior, quanto mais *aberta* for a compreensão do direito (...) “adiantaria, desde já, que a evolução jurídica se processa, em primeira linha, através de um *rejuvenescimento interno* do sistema jurídico, pela via da *interpretação*. Efectivamente, mesmo quando, na sua aparência formal, o sistema se mantém inalterado, a evolução jurídica vai-se processando *internamente*, ao nível de um desenvolvimento do sentido de princípios e normas, *formalmente inalteradas*, mas substancialmente enriquecidas por outros sentidos e conteúdos, susceptíveis de fundamentar *novas soluções*. É oportuno observar, por isso, com Savatier, que é “*por dentro*, mais depressa do que pelo seu aspecto formal, que as instituições jurídicas mudam”; ou, com Orlando de Carvalho que “nenhum direito (...) admite uma paralisação no tempo: mesmo que as normas

jurídico lusófono não é inocente nem desprovida de sentido. Com efeito, preferiu conferir-se um tratamento doutrinal ao contrato de jogo e aposta que abrangesse, do ponto de vista contratual, a realidade portuguesa e de Macau (onde, como se consabe, se situa o maior pólo de jogo a nível mundial) de modo a buscar-se um conjunto de *soluções interpretativas*³ susceptíveis de aplicação prática nos dois extremos do espaço lusófono. É essa hercúlea tarefa que abraçaremos nas páginas seguintes.

II.

Partamos com uma advertência prévia: «é necessário distinguir, dentro dos contratos aleatórios, o contrato de jogo e aposta, pois apesar de em todos aqueles as partes se sujeitarem conscientemente a uma possibi-

não mudem, muda o entendimento das normas, mudam os conflitos de interesses que se têm de resolver, mudam as soluções de direito, que são o direito em acção. Nenhum direito é definitivamente *factum*: é sempre alguma coisa *in fieri*". "Ora, esse *rejuvenescimento interno* do sistema jurídico ocorre, em primeira via, através da *interpretação*"; neste sentido, António Pinto Monteiro, "Interpretação e o protagonismo da doutrina", in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ)*, Ano 145.º, N.º 3995, Novembro-Dezembro 2015, Coimbra, Coimbra Editora, 2016, p. 66.

³ Como bem nota autorizada doutrina "muitas reformas jurídicas se têm processado, efectivamente, por via interpretativa, extraindo da norma um novo sentido, mais adequado à realidade do momento em que ela vai ser aplicada, conseguindo-se assim um *rejuvenescimento de textos* que largamente contribui para a revitalização do sistema. A tarefa do intérprete não se esgota em explicar *quod implicitum est*, antes lhe compete igualmente adaptar a norma jurídica ao ambiente social, económico e jurídico do tempo presente, no respeito pela sua *ratio* e pela unidade do direito. Esse avanço, essa evolução interna do sistema jurídico deve-se, em grande medida, ao trabalho conjunto de jurisprudência e doutrina – à *jurisprudencia (juris-prudentia)*, enquanto *ciência do direito*. É claro que é na aplicação que o direito se *realiza* – e aí é determinante a actividade do juiz. Mas a *formação jurídica* que permite ao juiz essa realização é essencialmente fruto da doutrina. (...) Nesta concepção ampla, a jurisprudência não se fecha nos tribunais, não é apanágio dos juízes, ela inclui também a doutrina, a dogmática, o "direito dos juristas", pois é esse trabalho conjunto da doutrina e jurisprudência, complementar ao do legislador, que é a mola real do desenvolvimento do direito"; António Pinto Monteiro, "Interpretação e o protagonismo da doutrina", *cit.*, p. 67; sobre a relação entre o "intérprete" e o "legislador", Rui Manuel Moura Ramos, "O Direito Processual Civil Internacional no Novo Código de Processo Civil", in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ)*, Ano 143.º, N.º 3983, Novembro-Dezembro 2013, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 92-93.

lidade de ganho ou de perda, criada pelo contrato, apenas o jogo e aposta foi objecto de um regime restritivo pelo legislador. Diversamente, muitos outros contratos aleatórios, como o seguro e a renda vitalícia ou perpétua, são admitidos pelo legislador como contratos que originam obrigações plenamente vinculativas, e que desempenham funções económicas relevantes e até indispensáveis»⁴.

O Código Civil de 1966⁵ dedicou ao “Jogo e Aposta” um capítulo do título II do livro II, sobre os contratos em especial, com três normas – os artigos 1245.º a 1247.º. O legislador civil não chegou, porém, a definir o contrato de jogo e aposta. Por outro lado, o Código Civil exceptuou do regime que previu as competições desportivas, quanto às pessoas que nela tomarem parte (competições desportivas a que podem corresponder contratos válidos e que podem ser fonte de obrigações civis – art.º 1246.º)⁶ e ressaltou a *legislação especial* sobre o jogo e aposta (art.º 1247.º)⁷.

«Apesar da referência no Código Civil, não se afigura tarefa fácil definir o contrato de jogo e aposta. O autor do anteprojecto, o Professor Inocêncio Galvão Telles, optou por fornecer apenas o quadro geral da disciplina jurídica do jogo e aposta, “pela grande dificuldade de o fazer em termos precisos”, relegando para legislação especial a regulamentação de inúmeros aspectos desta matéria»⁸.

⁴ Ver Paulo Mota Pinto, “Contrato de *swap* de taxas de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, Ano 144.º, n.º 3988, Setembro-Outubro 2014, Coimbra, Coimbra Editora, (2014), pp. 14 e ss, que seguiremos de muito perto, mesmo textualmente.

⁵ Diferentemente, o Código Civil de Macau de 1999 dedicou o Capítulo XVIII, composto pelo art.º 1171.º, n.º 1 a 3 ao “Jogo e Aposta”.

⁶ Equivalente ao art.º 1171.º, n.º 1, 1.ª parte do Código Civil de Macau.

⁷ Equivalente ao art.º 1171.º, n.º 3, do Código Civil de Macau.

⁸ Ver Inocêncio Galvão Telles, “Contratos civis: projecto completo de um título do futuro Código Civil português e respectiva exposição de motivos”, in: *Boletim do Ministério da Justiça (BMJ)*, n.º 83, 1959, pp. 114-282 (182); mais recuadamente, Carlos Mota Pinto/A. Pinto Monteiro/João Calvão Da Silva, *Jogo e Aposta. Subsídios de fundamentação ética e histórica-jurídica*, Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, Lisboa, (1982), p. 8; Rui Pinto Duarte, “O jogo e do direito”, in: *Themis. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Lisboa, Almedina, ano 2, n.º 3 (2001), pp. 69-93 (69-72); Paulo Mota Pinto, “Contrato de *swap* de taxas de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar”, *cit.*, p. 14.

O art.º 1245.º do Código Civil de 1966⁹, que versa sobre o contrato de jogo e aposta, distingue entre *jogos lícitos* e *jogos ilícitos*. Estes últimos não só não são contratos válidos como não são fonte de obrigações naturais. Quanto aos *jogos lícitos*, não são contratos válidos, mas dão origem a obrigações naturais, salvo se existir algum outro fundamento de invalidade ou fraude do credor na sua execução¹⁰. Deste regime ficam, porém, exceptuados os jogos regulados em legislação especial (art.º 1247.º)¹¹, que são autorizados pelo Estado¹². Estes jogos são contratos válidos e produtivos de *obrigações civis*, garantidos pela acção creditória, mesmo que sejam jogos de fortuna ou azar, por dependerem da sorte. Estes jogos lícitos, regulados em legislação especial, não são meramente tolerados, antes a sua prática é autorizada, pelo que as dívidas de jogo são, neste caso, judicialmente exigíveis¹³.

«Quanto à distinção entre os contratos de jogo e aposta, têm sido defendidos diversos critérios na doutrina: a natureza do acontecimento a que as partes subordinaram o cumprimento da prestação (jogo a cuja prática se entregam os participantes ou assunto ou facto, passado, presente ou futuro, sobre o qual existe divergência de opiniões)¹⁴; os motivos,

⁹ Equivalente ao art.º 1171.º, n.º 1, do Código Civil de Macau de 1999.

¹⁰ Ver Inocêncio Galvão Telles, “Contratos civis: projecto completo de um título do futuro Código Civil português e respectiva exposição de motivos”, *cit.*, p. 183; Carlos Mota Pinto/A. Pinto Monteiro/João Calvão Da Silva, *Jogo e Aposta. Subsídios de fundamentação ética e histórica-jurídica*, *cit.*, p. 27; Fernando António Pires de Lima/João de Matos Antunes Varela, *Código Civil anotado*, Volume II, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, art.º 1245.º, p. 926; Paulo Mota Pinto, “Contrato de *swap* de taxas de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar”, *cit.*, p. 14.

¹¹ Equivalente ao art.º 1171.º, n.º 1, do Código Civil de Macau de 1999.

¹² Ou, no caso de Macau, pelo Executivo da Região Administrativa Especial de Macau (Lei 16/2001/Regulamento Administrativo n.º 4/2002).

¹³ Paulo Mota Pinto, “Contrato de *swap* de taxas de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar”, *cit.*, p. 15, cuja investigação, em partes deste capítulo, seguiremos de muito perto.

¹⁴ Carlos Mota Pinto/A. Pinto Monteiro/João Calvão da Silva, *Jogo e Aposta. Subsídios de fundamentação ética e histórica-jurídica*, *cit.*, pp. 9 e ss; Fernando António Pires de Lima/João de Matos Antunes Varela, *Código Civil anotado*, Volume II, *cit.*, art.º 1245.º, anotação 3, p. 927; Rui Pinto Duarte, “O jogo e do direito”, *cit.*, pp. 69-93 (69-72); Paulo Mota Pinto, “Contrato de *swap* de taxas de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar”, *cit.*, p. 15.

escopo, ou fim prosseguido pelos contraentes (de diversão ou lucro, por um lado, ou de esclarecer ou reforçar uma opinião, por outro)¹⁵; o tipo de incerteza sobre o facto ou assunto em causa, incerteza, essa, que poderia ser objectiva (no jogo) ou apenas subjectiva (na aposta); a participação (jogo) ou falta de participação (aposta) das partes na questão em disputa, dependendo o resultado (o ganho ou a perda) dessa participação; e a própria relevância jurídica do contrato, que só existiria para a aposta¹⁶.

Quanto à tipologia contratual, o contrato de jogo¹⁷ (*gaming*) e o contrato de aposta (*betting*) são contratos aleatórios^{18/19}, ou seja, são contratos

¹⁵ Na doutrina alemã, SPRAU, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 62. Auflage, München, 2013, § 762, n.º 3, p. 888; K. Amonn, SPR VII/2, p. 457-477; B. Aubin u.a., Die rechtliche Regelung der Glück spiele und Spielautomaten in europäischen Ländern, Stuttgart 1981; B. v. Büren, p. 225-232; S. Giovanoli, OR 513-515; Paulo Mota Pinto, “Contrato de *swap* de taxas de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar”, *cit.*, p. 15.

¹⁶ Na doutrina portuguesa, Fernando António Pires de Lima/João de Matos Antunes Varela, Código Civil anotado, Volume II, *cit.*, art.º 1245.º, anotação 3, p. 927; Paulo Mota Pinto, “Contrato de *swap* de taxas de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar”, *cit.*, p. 15.

¹⁷ Seguiremos de muito perto, em certos pontos deste capítulo, a investigação realizada em Hugo Luz dos Santos, “Os contratos de jogo e aposta e o crédito para jogo nos casinos da Região Administrativa Especial de Macau: contributo para a resolução da questão «walking» e para a admissibilidade da *negative pledge* e da *equitable lien* norte-americanas”, in: *Revista de Direito Civil (RDC)*, Ano I (2016), Número 3, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 612-616; nos Estados Unidos da América, Hugo Luz dos Santos, “Contracts for Gaming and Betting in the Casinos in the Special

¹⁸ Neste sentido, Jorge Godinho, “Crédito para jogo em Casino”, in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, (BFDUM)*, Macau, China, (2007), p. 93. Ver também, no mesmo sentido da nota anterior, Jorge Godinho, “Credit for gaming in Macau”, in: *Gaming Law Review and Economics*, Volume 10, n.º 4, (2006), pp. 363 e ss. Ver Paulo Mota Pinto, “Contrato de *swap* de taxas de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, Ano 144.º, n.º 3988, Setembro-Outubro 2014, Coimbra, Coimbra Editora, (2014), p. 14. Ver João Calvão da Silva, “*Swap* de taxa de juro, sua legalidade e autonomia e inaplicabilidade da excepção do jogo e aposta”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, Ano 142.º, n.º 3979, Março-Abril 2013, Coimbra, Coimbra Editora, (2013), p. 264; na jurisprudência, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26 de Janeiro de 2016, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro, Gabriel Catarino, disponível em www.dgsi.pt, que seguimos de perto. Administrative Region of Macau and the Credit for Gaming: the Issue for «Walking», in: *Gaming Law Review and Economics (GLRE)*, Volume: 19, Issue 8, New York, 2015, pp. 582-586.

que se caracterizam pelo *risco* ou possibilidade de *perder* ou *ganhar* para ambas as partes²⁰. O contrato de jogo e aposta deve ser qualificado como um *contrato consensual, bilateral ou sinalagmático, a título oneroso* e, como vimos, *aleatório*²¹. O contrato de jogo ou de aposta é *consensual* porque a sua celebração não depende de forma especial, exigida por lei. Antes obedece ao *princípio da liberdade de forma* (art.º 219.º do Código Civil)²² e também ao *princípio da liberdade declarativa* (art.º 217.º, art.º 218.º do Código Civil)²³. As declarações pelas quais se forma um contrato de jogo ou de aposta podem ser expressamente emitidas ou resultar de quaisquer outros meios de exteriorização da vontade²⁴. Além disso, é um *contrato bilateral* ou *sinalagmático*, embora deva entender-se esta como uma *cor-respectividade de riscos*. Com efeito, ambas as partes assumem a obrigação de se sujeitarem a um *risco de perda* e de aceitar as suas consequências: a

¹⁹ O código civil francês considera como contratos aleatórios, o contrato de seguro, o empréstimo de risco, o jogo e as apostas. “Estão sustentados quando o seu fim é o de garantir ou limitar o risco do imprevisível (por exemplo no contrato de seguro); estão criticados quando se dirigem a especular sobre a incerteza (como os pacto de sucessão futura estão proibidos)”. Em Itália, a doutrina define a aposta como o negócio pelo qual uma das partes, assumindo reciprocamente o risco do êxito de um jogo ou da exactidão de uma opinião, se obriga, relativamente à outra, a pagar a quantia pactuada, no caso de que o êxito do jogo se verifique de modo desfavorável, ou a opinião equivocada; por meio da aposta verifica-se uma transmissão de riqueza inútil; na doutrina espanhola, Amedeo Ferri-Richi, *El Contrato de Swap como Tipo derivado*, Civitas/Thomson Reuters, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 30. a págs. 47 a 51, 54, 97-105, 186-195, 207, 215, 221, 223-255, 258, 274, 299; na doutrina italiana, VETORRI, “Il diritto dei contratti fra Costituzione, código civile e código di settore”, in: Riv. Trim. Dir. proc. civ., 2008, 3, 751; na doutrina espanhola, Maria Ángeles Parra Lucán, Barcelona, “Riesgo Imprevisible y modificación de los contratos”, in: revista InDret, Outubro de 2015; na doutrina francesa, POTHIER, *Traité des Obligations*, p. 179.

²⁰ Ver Maria Clara Calheiros, “O contrato de *swap* no contexto da actual crise financeira global”, in: *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 42, Abril/Junho 2013, Cejur, Braga, (2013), p. 7.

²¹ Carlos Mota Pinto/A. Pinto Monteiro/João Calvão da Silva, *Jogo e Aposta. Subsídios de fundamentação ética e histórica-jurídica*, cit., p. 21; Paulo Mota Pinto, “Contrato de *swap* de taxas de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar”, cit., p. 16.

²² Equivalente ao art.º 211.º do Código Civil de Macau.

²³ Equivalente ao art.º 209.º e 210.º do Código Civil de Macau.

²⁴ Paulo Mota Pinto, “Contrato de *swap* de taxas de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar”, cit., p. 16.

probabilidade de perda de uma parte constitui a probabilidade de ganho da outra. E é nessa *reciprocidade de riscos* que reside a *correspectividade* que caracteriza os contratos sinalagmáticos²⁵. Ela “consiste na reciprocidade de riscos assumidos pelos jogadores (ou apostadores), nada recebendo uns em troca do que jogaram, recebendo outros, em contrapartida, bastante mais do que despenderam, mas correndo todos, à partida, o mesmo risco”²⁶. Isto é: ainda que só uma parte cumpra, de facto, uma obrigação, ambas as partes, contudo, ao concluírem o contrato de jogo ou de aposta, contraem obrigações, sendo *potencialmente devedoras*, podendo vir a ser efectivamente devedoras caso se verifiquem as condições de que depende essa qualidade²⁷.

Em sentido semelhante, estamos perante *contratos onerosos*²⁸: a onerosidade consiste aqui na circunstância de ambas as partes estarem sujeitas ao risco de perder, embora, no final de contas, só uma venha a ganhar²⁹.

No entendimento desta doutrina, o contrato de jogo é um *contrato aleatório*, no sentido de que as partes, ao celebrá-lo, se submetem intencionalmente a uma álea, isto é, a uma *possibilidade de ganhar ou perder*³⁰.

²⁵ Paulo Mota Pinto, “Contrato de *swap* de taxas de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar”, *cit.*, p. 16.

²⁶ Carlos Mota Pinto/A. Pinto Monteiro/João Calvão da Silva, *Jogo e Aposta. Subsídios de fundamentação ética e histórica-jurídica*, *cit.*, p. 21; Paulo Mota Pinto, “Contrato de *swap* de taxas de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar”, *cit.*, p. 17.

²⁷ Paulo Mota Pinto, “Contrato de *swap* de taxas de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar”, *cit.*, p. 17.

²⁸ Carlos Mota Pinto/A. Pinto Monteiro/João Calvão da Silva, *Jogo e Aposta. Subsídios de fundamentação ética e histórica-jurídica*, *cit.*, p. 22; Paulo Mota Pinto, “Contrato de *swap* de taxas de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar”, *cit.*, p. 17.

²⁹ A doutrina faz aqui uma precisão importante: só vem a ganhar, no sentido de que uma parte vem a receber muito mais do que pagou, ou de que não chega a pagar mesmo nada; Paulo Mota Pinto, “Contrato de *swap* de taxas de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar”, *cit.*, p. 17.

³⁰ Carlos Mota Pinto/A. Pinto Monteiro/João Calvão da Silva, *Jogo e Aposta. Subsídios de fundamentação ética e histórica-jurídica*, *cit.*, p. 23; Fernando António Pires de Lima/João de Matos Antunes Varela, *Código Civil anotado*, *cit.*, p. 926; Paulo Mota Pinto, “Contrato de *swap* de taxas de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar”, *cit.*, p. 17; Manuel de Andrade, *Teoria geral da relação jurídica*, 2.º Volume, Coimbra, 1960, pp. 57-58.

O jogo e a aposta são inválidos e não constituem fonte de obrigações civis nem de obrigações naturais (art.º 1245.º, 1ª parte, do Código Civil de Portugal). Salvo quando a lei determinar especificamente que o jogo e a aposta dão lugar a obrigações civis (art.º 1171.º, n.º 1, Código Civil de Macau)³¹.

Diferentemente, o jogo e a aposta lícitos (que dependem da sorte e da perícia do jogador) constituem fonte de obrigações naturais (art.º 1171.º, 2.ª parte do Código Civil de Macau), isto é obrigações que não podem ser executadas judicialmente³², mas que permitem que os pagamentos realizados espontaneamente sejam considerados como válidos e não sejam restituídos (repetidos)³³.

Contudo, e como afirma a doutrina³⁴, ao contrário do que sucede com os restantes contratos típicos previstos no Código Civil de Portugal de 1966³⁵, a lei intencionalmente não densifica a noção dogmática de “jogo” e “aposta”.

O critério preferível, e que tem recebido a adesão maioritária da doutrina³⁶, baseia-se na existência ou não de *participação das partes no aconte-*

³¹ Ver Jorge Godinho, “The Regulation of gaming and betting contracts in 1999 Macau Civil Code”, in *Gaming Law Review and Economics*, Volume 11, n.º 3, (2007), pp. 572 e ss.

³² Como bem refere a doutrina “*as obrigações naturais, sejam ou não jurídicas, serão, ainda, obrigações, isto é: relações específicas entre duas pessoas, pelas quais (logicamente) uma delas deva efectuar uma determinada prestação. Esse dever de prestar não será juridicamente exigível, mas existe, sob pena de não se entender a soluti retentio (...) “basta pensar no jogo!”*”; António Menezes Cordeiro, “Das obrigações naturais: Direito ou Moral?”, in *Revista O Direito*, Ano 141.º, Volume III, Almedina, Coimbra, (2009), pp. 526-532.

³³ Ver Jorge Godinho, “Gaming and betting contracts in the 1999 Macau Civil Code”, in *Gaming Law Review and Economics*, Volume 3, n.º 5, (2010), p. 2; Jorge Godinho, *Macau Business law and legal system*, LexisNexis, Hong Kong, (2007), *passim*; Martin Vranken, *Fundamentals of European civil law*, Blackpress Press, London, 2nd edition, (2000), p. 83.

³⁴ Ver Jorge Godinho, “Crédito para jogo em Casino”, *cit.*, p. 92.

³⁵ Bem como no Código Civil de Macau de 1999.

³⁶ Carlos Mota Pinto/A. Pinto Monteiro/João Calvão Da Silva, *Jogo e Aposta. Subsídios de fundamentação ética e histórica-jurídica*, *cit.*, pp. 12 e ss; na doutrina brasileira, Orlando Gomes, *Contratos*, 12ª edição, Rio de Janeiro, 1981, p. 483; Paulo Mota Pinto, “Contrato de *swap* de taxas de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar”, *cit.*, p. 15.

cimento de que depende o prémio, entendendo-se esta exigência não no sentido de ter de existir certa actividade a cumprir por todos os jogadores, mas antes, e apenas, no sentido de que são os próprios contratantes que, entregando-se a um jogo, participam na criação dos pressupostos, das condições de que depende a verificação do facto a que está subordinada a prestação acordada. No jogo, são as próprias partes que, entrando em campo ou sentando-se a uma mesa, criam a possibilidade de um ganho ou de uma perda, dependendo o início e/ou o desenrolar do jogo, da intervenção de todos ou apenas de um jogador, independentemente de o resultado final não depender da habilidade, mas fundamentalmente, ou tão só, do factor *sorte*³⁷.

No direito alemão, o critério preferível, e que tem recebido a adesão maioritária da doutrina, é o que se polariza na análise dos motivos, *causa*³⁸, escopo, ou fim prosseguido pelos contraentes (de

³⁷ Carlos Mota Pinto/A. Pinto Monteiro/João Calvão da Silva, *Jogo e Aposta. Subsídios de fundamentação ética e histórica-jurídica*, cit., p. 13; Paulo Mota Pinto, “Contrato de swap de taxas de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar”, cit., p. 15.

³⁸ Impõe-se fazer uma breve nota de direito comparado em relação à recente reforma francesa do Direito das Obrigações de 2016, que suprimiu a *causa dos contratos*. Tal alteração poderá ter influência na modulação contratual do contrato de jogo e de aposta em terras gaulesas. “Impõe-se, por isso, a breve nota de direito de comparado em relação ao direito francês. No dia 11 de Fevereiro de 2016 foi publicada a *Ordonance n.º 2016/131, de 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. O alcance legislativo da reforma é vasto: são alterados ou introduzidos, naquilo que autorizada doutrina nacional denomina de «parte geral do direito das obrigações», os artigos 1100.º a 1386.º - 1, do Código Civil francês de 1804. Num visível esforço de uniformização legislativa, o legislador francês alterou diversos artigos do mesmo Código, bem como artigos de mais trinta e um códigos e diplomas diversos, destacando-se os Códigos de Acção Social e da Família, dos Seguros, do Comércio, do Consumo, da Construção e Habitação, do Ambiente, dos Impostos, Monetário e Financeiro e dos Processos Cíveis e de Execução. Resulta de uma primeira leitura do panorama geral da reforma e do confronto entre os preceitos de 2016 e os originais do Código Napoleão de 1804 o surgimento de três novidades legislativas: *i*) surgimento de preceitos de enquadramento (v.g., art.º 1100.º a 1100.º-2, que enumeram e definem as fontes das obrigações) e novos preceitos definidores (v.g. 1101.º a 1111.º-1, explicitando várias modalidades de contratos); *ii*) inclusão de nova matéria (v.g. art.º 1112.º e 1127.º-6, sobre a conclusão dos contratos); *iii*) consagração de institutos importados do direito comparado, sem tradição dogmática e sistemática no direito francês, como a *culpa in contrahendo* (art.º 1112.º), a alteração das circunstâncias (art.º 1195.º), a cessão do contrato (art.º 1216.º a 1216.º-3) e o enriquecimento sem

causa (art.º 1303.º a 1303.º-4). A resolução (art.º 1224.º), desde a redacção conferida ao art.º 1184.º pelo Código Napoleão de 1804, tinha uma natureza eminentemente judicial. Diferentemente, a configuração legislativa conferida à resolução (art.º 1224.º na redacção legal de 2016) adopta o sistema romano-germânico (e, por isso, lusófono) de resolução extrajudicial, presente no Código Civil de Portugal de 1966 e no Código Civil de Macau de 1999. Em face deste quadro legislativo é indissociável a aproximação do núcleo sistémico da família romano-germânica e, por isso, é auto-explicativo o interesse jurídico para a família lusófona. A reforma francesa do Direito das Obrigações de 2016 introduziu, como se disse, vários aspectos inovadores em face do velho Código Napoleão de 1804. Destacam-se os seguintes pontos: art.º 1112.º a 1122.º: formação do contrato, com a tramitação da proposta e da aceitação; art.º 1123.º e 1124.º: pacto de preferência e promessa unilateral; art.º 1179.º a 1181.º: nulidade absoluta e nulidade relativa; art.º 1210.º a 1215.º: duração do contrato, incluindo a denúncia; art.º 1216.º a 1216.º-3: cessão do contrato; art.º 1303.º a 1303.º-4: enriquecimento sem causa; art.º 1327.º a 1328.º-1: cessão de dívida. Faça-se, contudo, uma advertência: todos estes institutos jurídicos eram sobejamente conhecidos pelo Direito francês, à margem de uma consagração legal expressa. A reforma de 2016, além de lhes dar uma especial consagração legislativa, dissipou quaisquer dúvidas. A Ciência Jurídica francesa aplaudiu a inserção dogmática no Código Napoleão de 1804 dos institutos jurídicos da boa fé na negociação, na formação e na execução dos contratos (art.º 1104.º), a *culpa in contrahendo* (art.º 1112.º), a supressão da causa como elemento de validade do contrato (art.º 1128.º), o princípio do equilíbrio nos contratos por adesão (art.º 1171.º) e a alteração das circunstâncias (art.º 1195.º). Com efeito, dispõe o art.º 1104.º “*Os contratos devem ser negociados, formados e executados de boa fé. Esta disposição é ordem pública*”. O antigo artigo 1134.º, n.º 3, já dispunha que as convenções deviam ser executadas de boa fé. O preceito novo dá, contudo, um especial alcance ao princípio em jogo. Relativamente à *culpa in contrahendo* preceitua o artigo 1112.º “*A iniciativa, o desenrolar e a rotura das negociações pré-contratuais são livres. Devem imperativamente satisfazer as exigências de boa fé. No caso de faute cometida nas negociações, a reparação do prejuízo que daí resulte não pode ter como objecto o compensar a perda das vantagens esperadas do contrato não concluído*”. Sublinha autorizada doutrina, com razão, que se vislumbra a consagração lata da *culpa in contrahendo*, com remissão intrassistemática para a cláusula da boa fé. Todavia, na tradição napoleónica, foi mantida a *liberdade de romper as negociações*. A indemnização em sede de *culpa in contrahendo* foi limitada ao *interesse contratual negativo*, excluindo, pois, a *interesse contratual positivo*. Nada de novo: era já essa a corrente jurisprudencial do *Cour de Cassation* francesa. O artigo 1112.º-1 consagra um importante dever contratual: o dever de informação. Dispõe o artigo 1112.º-1 “*Aquela das partes que conhecer uma informação cuja importância seja determinante para o consentimento da outra deve informá-la dela desde que, legitimamente, esta ignore essa informação ou tenha confiança no seu co-contratante. Todavia, esse dever de informação não incide sobre a estimativa do valor da prestação. Têm uma importância determinante as informações que tenham uma relação directa e necessária com o conteúdo do contrato ou qualidade das partes. Incumbe àquele que pretenda que uma informação lhe era devida provar que a outra parte lha devia, cabendo a esta outra parte provar que lha*

havia fornecido. As partes não podem nem limitar nem excluir esse dever. Além da responsabilidade daquele que a ele estava obrigado, o desrespeito por esse dever de informação pode implicar a anulação do contrato nas condições previstas nos artigos 1130.º e seguintes”. Em face do antevisto, o Código Civil francês consagra expressamente o *dever de informação pré-contratual*. Estas duas últimas disposições legais consagram, em letra de lei, a corrente jurisprudencial maioritária da *Cour de Cassation* francesa, principalmente no que respeita à não-informação sobre o valor da prestação principal. Impõe-se abordar, ainda, a *supressão da causa dos contratos*, o *princípio do equilíbrio contratual*, e a alteração das circunstâncias. Relativamente à *causa dos contratos* impõe-se dizer o seguinte: a causa dos contratos constitui, ao longo da história do direito dos contratos, um conceito desfocado: seja como subjectiva, seja objectiva, ela (a causa) vinha sobrepor-se a conceitos mais claros, como a vontade relevante das partes ou o fim do contrato. O artigo 1128.º enumera os elementos necessários para a *validade do contrato*: o *consentimento*, a *capacidade* e o *conteúdo lícito*. Feito o confronto com o artigo 1108.º do velho Código Napoleão de 1804, verifica-se a *supressão da causa*, supressão essa que é confirmada com a revogação do antigo 1131.º do velho Código Napoleão de 1804, segundo o qual a *obrigação sem causa*, com uma *causa falsa* ou uma *causa ilícita* não teria qualquer efeito. A lei passou a validar o conteúdo do contrato. Sobre o *princípio do equilíbrio do contrato* rege o artigo 1171.º “*Num contrato de adesão, qualquer cláusula que origine um desequilíbrio significativo entre os direitos e as obrigações das partes é reputada não-escrita. A apreciação do desequilíbrio não recai nem sobre o objecto principal do contrato, nem sobre a adequação do preço perante a prestação*”. No Direito francês, a matéria respeitante às cláusulas contratuais gerais corresponde, no essencial, à das cláusulas abusivas, referidas no artigo L-212-1 do Código do Consumo de 2016 e nele remetidas para decreto do Conselho de Estado. A transposição da Directriz 93/13 é, aí, assegurada. O Código Civil Napoleão (versão 2016) coloca-se noutra plano: dirige-se aos contratos de adesão em geral, independentemente de estarem em causa consumidores. O juiz recebe, neste âmbito, poderes-deveres muito amplos e significativos, para ponderar a justiça intrínseca do contrato. Informa abalizada doutrina que o artigo 1171.º deve ser devidamente conjugado com o artigo 1190.º, relativo à interpretação dos contratos que reza assim: “na dúvida, o contrato especialmente negociado interpreta-se contra o credor e a favor do devedor e o contrato de adesão contra aquele que o tenha proposto”. Neste contexto, da reforma francesa do Direito das Obrigações de 2016 resulta o seguinte panorama: a reforma de 2016 não acolheu uma regra imperativa ou preceptiva de equilíbrio contratual, no âmbito do Direito das obrigações. Esta opção legislativa mereceu muitas críticas da doutrina francesa. Ainda assim, prevaleceu a ideia de que as partes são livres de estabelecer os equilíbrios contratuais que bem entendam podendo, no limite, celebrar contratos gratuitos. Mas em face de contratos de adesão, o equilíbrio contratual impõe-se. Além disso, ele transparece na interpretação jurídica, seja por via de um *favor debitoris*, seja por via do *in dubio contra stipulatorem*. No que diz respeito à *alteração das circunstâncias*, a reforma francesa do Direito das obrigações de 2016 introduziu, no velho Código Napoleão de 1804, a discutidíssima “imprevisão civil”, conhecida na família romano-germânica (portanto, lusófona) como “alteração das circunstâncias”. O artigo 1193.º preceitua a regra da estabilidade do contrato. Mantendo a tradição napole-

ónica, o artigo 1194.º estatui que os contratos obrigam não só àquilo que neles foi contratualmente estipulado pelas partes contraentes, mas também estão interligados com a equidade, com o uso e com a lei. O artigo 1195.º confirma esta interligação genética e funcional: *“se uma modificação das circunstâncias, imprevisível aquando da conclusão do contrato, tornar a execução excessivamente onerosa para uma parte que não tenha aceitado assumir esse risco, pode esta pedir uma renegociação ao seu co-contratante. Ela continua a executar as suas obrigações durante as negociações. Em caso de recusa ou de fracasso da negociação, as partes podem acordar na resolução do contrato, à data e nas condições que determinarem, ou pedir de comum acordo ao juiz de proceder à sua adaptação. Na falta de acordo num prazo razoável, o juiz pode, a pedido de uma parte, modificar o contrato ou pôr-lhe cobro, na data e nas condições que fixar”*. Como bem refere a doutrina, o Direito lusófono ultrapassa a alteração das circunstâncias com recurso à boa fé (art.º 437.º, do Código Civil de 1966; art.º 431.º, do Código Civil de Macau de 1999). O Direito alemão recorria também à boa fé, por via jurisprudencial e com base no § 242 do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB). Todavia, a reforma do Direito das obrigações alemão, de 2001/2002, optou por um modelo eminentemente subjectivista (§ 313/1): “quando as partes, se tivessem previsto a alteração, não tivessem concluído o contrato ou o tivessem feito com outro conteúdo”. No Código Civil italiano de 1942 introduziu-se a noção dogmática da “onerosidade excessiva” (art.º 1467.º/I), no que foi retomado pelo Código Civil do Brasil de 2002 (art.º 478.º). O Código francês fixa três condições para a “imprevisão civil”, a saber: *i*) imprevisibilidade; *ii*) não assunção do risco; *iii*) onerosidade excessiva. Este último requisito demonstra que o legislador francês à tendência vincadamente objectivista perflhada pelo artigo 1467.º/I do Código Civil italiano. A expressa consagração legislativa da “alteração das circunstâncias” (art.º 1195.º) “rompe” com a tradição jurídica napoleónica de não admitir a “imprevisão civil” (um equivalente funcional da “alteração das circunstâncias”) no Direito das obrigações francês. O novo artigo 1195.º só se aplica a contratos celebrados após o dia 10 de Outubro de 2016, data da sua entrada em vigor. Além disso, a disposição legal é supletiva e, por isso, admite derrogação pela vontade das partes contraentes: prevê-se que um número muito significativo de contratos adoptem regimes próprios de revisão e adaptação das regras contratuais a aplicar nos casos de “imprevisão civil”, através das conhecidas cláusulas de *hardship* ou similares. Em resumo: a reforma do Código Napoleão de 1804, realizada em 2016, teve uma grande repercussão no velho Código Napoleão de 1804. Procedeu-se a uma arrumação dogmática do Direito das obrigações, profundamente desactualizado e ainda com o “perfume da época histórica” em que foi produzido. Manteve-se, ainda assim, a técnica legislativa da previsão de definições legais, mas com um “sabor actualista”: modernizou-se a linguagem, actualizou-se a sistemática e completaram-se rubricas carecidas de completude. Lacunas, aparentes e ocultas, foram eliminadas. Acolheu-se em letra de lei, o intenso labor da jurisprudência dos tribunais franceses. Acolheu-se em letra de lei a “imprevisão civil”, equivalente funcional da “alteração das circunstâncias” da família romano-germânica, e o requisito objectivista da “onerosidade excessiva” das obrigações, típica do Direito das obrigações italiano (artigo 1467.º/I do Código Civil italiano). A *mens legislatoris* da reforma francesa do Direito das obrigações de 2016 foi, no essencial, o de acertar o passo da lei pelo da Ciência ju-

diversão ou lucro).³⁹

No que se refere ao direito norte-americano, para se delimitar o que constitui materialmente jogo (*gambling*), é usual fazer-se referência ao *predominance test*⁴⁰, ao *gambling instinct test*⁴¹, e ao *material element test*⁴².

rídica viva: teórica e prática, tendo em particular atenção o direito alemão. Campeã do Direito escrito e da racionalidade da lei, a França ameaçava tornar-se numa Terra de jurisprudência, tal como nas famílias jurídicas do *common law*. Cada disposição legal do velho Código de Napoleão de 1804 tinha de ser ponderada e completada por decisões jurisprudenciais dos tribunais gauleses, o que propiciou, por vezes, grandes flutuações interpretativas e, amiúde, alguma insegurança jurídica. Explicar o Direito francês – basta dar o exemplo do enriquecimento sem causa – implicava, não raro, uma agradável mas morosa e intrincada explanação de casos concretos, característica marcante dos sistemas jurídicos do *common law*. É certo que a reforma veio aproximar o Direito civil francês da família romano-germânica. Vários institutos jurídicos caminharam nesse sentido. Todavia, essa aproximação não apaga a matriz identitária da família napoleónica. Quanto às novidades legislativas, com especial relevo para o papel concretizador do juiz: elas já vinham detrás, ditadas pela necessidade de suprir o envelhecimento do Código de Napoleão de 1804”; acompanhamos de muito perto, António Menezes Cordeiro, “A reforma francesa do Direito das obrigações (2016)”, in: *Revista de Direito Civil (RDC)*, Ano II (2017), Número I, Coimbra, Almedina, (2017), pp. 9-29, que seguimos de muito perto, mesmo textualmente; na doutrina francesa, Gaël Chanterpie/Mathias Latina, *La réforme du droit des obligations/Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* (2016), n.º 5 (6-7); Yves-Marie Laithier/Olivier Deshayes/Thomas Genicon, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, (2016), pp. 548 e ss; Barthélemy Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, (2016), pp. 318 e ss;

³⁹ Ver, na doutrina alemã, o critério distintivo entre os contratos de *jogo* (*Spiel*) e de *aposta* (*Wette*), apontado por Sprau, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 65. Auflage, § 762, n.º 3, (2011), p. 882.

⁴⁰ Que é aplicado na maioria das jurisdições estaduais dos Estados Unidos da América; Ver Erica Okerberg, “What’s in a Game? A Test under which we may call a “VGT” a gambling game is not so sweet: Why courts should not apply the material element test to VGTS”, in: *UNLV Gaming Law Journal*, Vol. 5, Spring 2014, (2014), p. 28.

⁴¹ Que, dada a sua natureza eminentemente subjectiva levanta mais problemas do que aqueles que resolve; Anthony N. Cabot/Glenn J. Light/Karl Rutledge “Alex Rodriguez, a Monkey, and the Game of Scrabble: the Hazard of Using Illogic to Define Legality of Games of Mixed Skill and Chance”, in: *Drake Law Review*, (2009), pp. 393-394; no mesmo sentido, manifestando as mesmas reservas, Erica Okerberg, “What’s in a Game? A Test under which we may call a “VGT” a gambling game is not so sweet: Why courts should not apply the *material element test* to VGTS”, *cit.*, p. 28.

⁴² Que é aplicado em sete das jurisdições estaduais dos Estados Unidos da América, a saber: Alabama, Alaska, Hawaii, Missouri, New Jersey, New York,

De harmonia com estes testes, é considerado jogo quando se verifica a presença cumulativa de *consideration*⁴³, *chance*, e *prize or*

Oklahoma e Oregon; Anthony N. Cabot/Glenn J. Light/Karl Rutledge, *cit.*, p. 392, nota 64.

⁴³ Impõe-se explicitar o instituto jurídico da *consideration*, de matriz anglo-saxónica (de *Common Law*), confrontando-o com institutos jurídicos próximos, característicos dos sistemas jurídicos da família romano-germânica e, por isso, lusófona. Semelhantemente ao que acontece no Direito lusófono, “também nos sistemas jurídicos da *Common Law* a validade dos negócios está dependente da verificação de quatro elementos: *i*) a capacidade das partes – abrangendo não apenas o conceito de *capacidade em sentido estrito* como o da *legitimidade*; *ii*) uma intenção de contratar, exteriorizada por uma ou mais declarações de vontade, consoante o contrato seja unilateral ou plurilateral; *iii*) a possibilidade legal e fáctica do respectivo objecto; *iv*) o cumprimento de exigências formais, quando legalmente impostas. Alguns sistemas continentais, por influência do Código Napoleão de 1804 (como vimos na nota n.º 49, a grande reforma francesa do Direito das obrigações de 2016 suprimiu a *causa*, enquanto quarto elemento de validade dos contratos), exigem um quinto elemento – a *causa dos contratos*. Esta excentricidade dos sistemas continentais civilísticos tem paralelo comparativo na *consideration* anglo-saxónica. Com efeito, apesar de ser habitualmente apresentada como um quinto elemento autónomo, a *consideration* surge interligada ao segundo de validade contratual: a intenção de contratar. Também neste ponto se aproxima do conceito de causa do contrato. A *consideration*, à semelhança da *causa do contrato*, não deve ser analisada separadamente, antes correspondendo a um pressuposto de validade da intenção de contratar, sem o qual não pode o cumprimento dessa vontade ser exigido judicialmente. Compreende-se porquê: a perspectiva comumente assumida pela mais recente doutrina lusófona enquadra-se no tratamento dado pela doutrina anglo-saxónica à *consideration*: o instituto jurídico é abordado no âmbito da formação contratual. Uma breve panorâmica sobre o direito inglês dos contratos demonstra cabalmente a importância assumida pela *consideration* nos sistemas jurídicos de *Common Law*. Principalmente, já se antevê, no Direito inglês dos contratos. Com efeito, o Direito inglês e, no geral, todos os sistemas da família da *Common Law* só são efectivamente compreendidos quando sustentados numa análise histórico-jurídica bastante. Com bem afirma autorizada doutrina lusófona, aos estudiosos de Direito comparado não basta perceber os conceitos, importa também perceber as razões que motivaram o seu desenvolvimento. Fazendo um breve apontamento histórico, o Direito contratual inglês desenvolveu-se em torno do aperfeiçoamento de fórmulas de acções delituais (*writs*) arcaicas, com especial destaque para o *writ of covenant* e *writ of debt*, com raízes no *writ of praecipe*, e para o *writ of assumpsit*, adaptado do *writ of trespass*. Apesar do sucesso alcançado pelo *writ of assumpsit* a partir do século XIV, a sua aplicação encontrava-se dependente da demonstração de um dano, por influência do *writ of trespass*. A não demonstração de danos inviabiliza o sucesso da acção. No caso *Aylesbury v Wottes*, em que A comprou, a B, um cavalo cego, sem que tal facto tivesse sido divulgado antes da celebração do contrato, o dano corresponde à diferença entre a quantia paga por A, que acreditava estar a adquirir um cavalo saudável, e o valor de mercado de um cavalo cego. Este processo aplicava-

-se, por inteiro, a situações de mora ou de incumprimento definitivo. A responsabilidade civil do devedor, sujeita às limitações das antigas delituais, encontrava-se assim dependente ao pagamento de uma contraprestação prévia, por regra a entrega de uma quantia pecuniária, ou o reconhecimento formal dessa dívida. A rigidez e a inflexibilidade da doutrina apenas seria abandonada no período *Tudor*. No acórdão *Lucy v Walwyn*, datado de 1561, o *King's Bench* decidiu pela irrelevância, para efeitos de incumprimento, da entrega prévia de qualquer quantia monetária: a assunção dessa obrigação seria suficiente para demonstrar a existência da devida e necessária *consideration*. Na prática forense, os tribunais quinhentistas introduziriam o consensualismo na doutrina da *consideration*: a exigência do cumprimento judicial de uma declaração deixa de ficar dependente da tradição física de bens ou do seu reconhecimento formal, bastando-se o sistema, a partir de então, com a simples assunção dessa mesma obrigação. Em sentido objectivo, a *consideration* corresponde a uma doutrina, de extracção essencialmente jurisprudencial, de verificação da validade das declarações contratuais. Em sentido subjectivo, e segundo a construção tradicional, classicamente apresentada por Lush J, no acórdão *Currie v Misa*, entende-se: “*A valuable consideration, in the sense of the law, may consist in some right, interest, profit, or benefit accruing to the one party, or some forbearance, detriment, loss, or responsibility given, suffered, or undertaken by the other*”. O preenchimento da *consideration* deve ser realizado autonomamente para cada declaração. Assim, o declarante apenas poderá exigir o cumprimento judicial na medida em que daí resulte um *prejuízo* para o declaratório e resulte um *benefício* para o declarante. É na ideia de *prejuízo* (*detriment*) e de benefício (*advantage*) que os tribunais ingleses colocam a pedra de toque do conceito de *consideration*. O conceito de *consideration* não se confunde com o de *motivo*: este último (*motivo*) corresponde à vontade interna ou subjectiva que subjaz à declaração, enquanto a *consideration* corresponde à *obrigação assumida pela contraparte*. Na maioria dos casos existirá uma coincidência, pelo menos parcial, entre os dois elementos: o motivo pelo qual alguém decide vender um bem irá corresponder ao pagamento assumido pelo comprador. Conforme nota a doutrina lusófona, apesar das evidentes flutuações conceituais ao longo dos séculos e das incertezas que rodeiam o seu preenchimento, a *consideration* assumiu, desde tempos imemoriais, uma constância funcional: impossibilitar o cumprimento judicial de contratos gratuitos, salvo se reconhecidos formalmente. Esta *ratio* originária não é afectada por uma interpretação mais sistemática e porventura correcta do instituto jurídico, que reconduz a *consideration* ao campo da intenção e do consenso. A amplitude genética e funcional da categoria dogmática da *consideration* conhece, contudo, alguns afloramentos nos sistemas continentais, de base romano-germânica: pense-se no regime jurídico da doação. Com efeito, dispõe o artigo 947.º do Código Civil de 1966 que a doação de coisas imóveis só é válida se for celebrada por escritura pública ou por documento particular autenticado (n.º 1); e a doação de coisa móvel só não depende de qualquer formalidade se acompanhada de tradição da coisa doada; não o sendo, terá de ser realizada por escrito. Também entre nós se exige que o declaratório esteja ciente das consequências das promessas gratuitas. A proximidade dogmática é, neste ponto, evidente: no Direito inglês, a ausência de *consideration* é ultrapassada com o reconhecimento formal da obrigação. Pese embora ser possível encontrar alguns afloramentos da *consideration*

*reward*⁴⁴. Todavia, a sorte (*chance*) é avaliada de forma essencialmente diferente em relação a cada um dos testes. Escapa à economia deste artigo escarpelizar cada um deles.

No que que ao *material element test* diz respeito, entende-se por *consideration*, o *prejuízo (detriment) or* declaração (*promise*)⁴⁵, uma recompen-

nos sistemas jurídicos de filiação romano-germânica, a *consideration* não encontra paralelo no Direito português ou nos demais Direitos continentais. A própria causa, por vezes apresentada como uma realidade próxima ou mesmo sucedânea, distingue-se cabalmente, conquanto se possa falar de uma certa, embora parcelar, proximidade funcional. Quanto à definição da *consideration*, a mesma pode dizer-se, em síntese, que corresponde ao benefício exigido pelo declarante ao avançar uma proposta negocial e ao prejuízo assumido pelo declaratório quando procede à sua aceitação. Do ponto de vista do Direito lusófono, a *consideration* corresponde, com as devidas adaptações, a uma simples contraprestação. Num contrato de compra e venda de um automóvel, a *consideration* equivale, do ponto de vista do vendedor, ao montante pago, e, do ponto de vista do comprador, ao próprio automóvel. Deste modo, e uma vez mais buscando o auxílio da terminologia jurídica dos sistemas continentais e de inspiração romano-germânica, apenas o cumprimento dos contratos sinalagmáticos pode ser exigido judicialmente; aos demais, esta possibilidade está vedada por falta de *consideration*. Esta máxima foi lapidarmente sintetizada no caso *Williams v Roff (Court of Appeal)*, que considerou que o pagamento de um incentivo monetário extra, acordado entre as partes, para acelerar uma obrigação anteriormente assumida consubstanciava uma válida *consideration*, conquanto o declarante não retirasse daí nenhum novo benefício jurídico, mas somente um benefício fáctico (*practise benefit*). A *consideration* equivale, na lapidar definição do *Court of Appeal*, a “*something of value in the eye of the law*”, ou seja, o compromisso assumido pela contraparte terá de corresponder a um efectivo benefício ou vantagem. Esta corrente jurisprudencial foi sedimentada, entre muitos outros, nos casos *Oliver v Davis* (1949), 2 KB 727-743; *Collins v Godefroy* (1831), 1 B & Ad 950-957; *Ward v Byham* (1956) 1 WLR 496-499; *Hill v Haines* (2008), 2 WLR 1250-1273, 1272. Seguimos de perto, na doutrina anglo-saxónica, David Ibbetson, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, OUP, 2006, pp. 18-26; *Anson’s Law of Contract*, 30ª edição, J. Beatson/A. Burrows/J. Cartwright, OUP, Oxford, 2016, pp. 88 e ss; na doutrina portuguesa, A. Barreto Menezes Cordeiro, “A Consideration no Direito inglês dos contratos”, in: *Revista de Direito Civil (RDC)*, II (2017), N.º 1, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 97-121, que seguimos de muito perto, mesmo textualmente.

⁴⁴ Ver, na jurisprudência norte-americana, *Commonwealth v. Dent*, 992, A. 2d, 190, 191, (Pa 2010).

⁴⁵ Ver, na jurisprudência norte-americana, *Dalton c. Pataki*, 11 A.D. 3d 62, 90 (*New York App, Div. 2004*) (que procede à discussão do *elemento material do gambling*). Os tribunais ingleses apenas permitem o cumprimento judicial de uma declaração (*promise*) nos casos em que a respectiva *consideration* assumia um valor económico (*valuable consideration*) mesmo que de difícil ou impossível quantificação económica. Apesar de

sa em dinheiro que assuma, por isso, um valor económico⁴⁶; entende-se por *sorte* (*chance*), como elemento material do jogo⁴⁷, algo que vá além de um *mere incidental effect of the game*⁴⁸ – o que significa que a sorte pode ser um *elemento material do jogo* sempre que desempenhe algum papel no resultado do jogo⁴⁹, não sendo necessário⁵⁰ que esse papel seja significativo ou determinante⁵¹.

este princípio se encontrar há muito consolidado, os seus exactos contornos continuam envoltos de uma enorme incerteza, particularmente acentuada pela coexistência de acórdãos por vezes contraditórios. Partindo da ideia de *valor económico*, a jurisprudência britânica exclui benefícios intangíveis (*intangible returns*). Tal ideia-chave resulta, entre outros, do caso *White v Bluett*. Os contornos de facto foram os seguintes: *Bluett* emprestou dinheiro a um dos filhos. Com a morte de *Bluett*, *White*, o seu executor testamentário, intentou uma acção contra o filho do *de cuius* com o propósito de reaver a quantia emprestada. O filho defendeu-se argumentando que o pai havia perdoado a dívida com a condição de este deixar de levantar problemas em relação à distribuição dos bens pelos demais herdeiros: “*if you promise me not to complain, I will give up the note* (nota de crédito)”. O tribunal não considerou preenchido o requisito da *consideration*. Considerou o tribunal que não se tratavam de benefícios que se encontrassem na inteira disponibilidade da parte (*discretionary promise*), que sejam impossíveis (*impossible and illusory consideration*) ou que ocorram independentemente da celebração de acordo (*promisee would have performed anyway*). Seguimos de muito perto, na doutrina anglo-saxónica, *Chitty on Contracts, I: Principles*, 32ª edição, H.G. Beale, Sweet & Maxwell, Londres, 2015, pp. 378-392; Mckendrick, *Contract Law*, 11ª edição, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2015, pp. 56 e ss; TREITEL: *The Law of Contract*, 14ª edição, Edwin Peel, Sweet & Maxwell, Londres, 2015, pp. 57-78; António Barreto Menezes Cordeiro, *Do trust no Direito Civil*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Civis, Coleção Teses, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 88-233; A. Barreto Menezes Cordeiro, “A Consideration no Direito inglês dos contratos”, *cit.*, pp. 97-121.

⁴⁶ Ver *People v. Dubinsky*, 31 N.Y.S.2d 234, 239 (N.Y. Sp. Sess 1941) (que considera que a *consideration* não necessita de ser dinheiro); no mesmo sentido, *Veterans of Foreign Wars Post 6477 v. Mo. Gaming Comm’n*, 260 S. W. 3d 388

⁴⁷ *U.S. V. DiCristina*, 886 F. Supp. 2d, 164, 234 (E.D.N.Y 2012).

⁴⁸ Ver Michael A. Tselnik, “Note, Check, Raise, or Fold. Poker and the Unlawful Internet Gambling Enforcement Act, 35”, in *Hofstra Law Review*, 1167, 1646, (2007) (explorando os motivos pelos quais o *Poker* é um *jogo de pericia* e não de *sorte*).

⁴⁹ Ver *Thole v. Westfall*, 682, S.W.D.2d 33, 37 n. 8 (Mo. Ct App. 1984); *State v. Prevo*, 44 Haw, 665, 678 (Haw. 1961).

⁵⁰ Ver GEORGE REMENIK, “Mrs. Tschetschot’s Busted Hand, Poker, and Taxes: The Inconsistent Application of Tax Laws on a Game of Skill”, in: *Cardozo Pub. L. Pol’y & Ethics Journal*, 485, (2010), 491-492.

⁵¹ Ver Anthony N. Cabot/Glenn J. Light/Karl Rutledge, *cit.*, pp. 392-393; Erica Okerberg, *cit.*, pp. 29.

De harmonia com o *predominance test*, são necessários 3 (três) elementos para se caracterizar a noção de jogo; a saber: *i) consideration*⁵²; *ii) chance predominates over skill* e *iii) prize*⁵³. Outras considerações dogmáticas seriam necessárias para burilar o sentido profundo de cada um dos *testes* norte-americanos⁵⁴.

⁵² Esclareça-se, a este respeito, que por *valuable consideration* não se entende por *adequate consideration*. “Aos tribunais anglo-saxónicos não interessa se o conteúdo da *consideration* se adequa ao da declaração ou mesmo, se do ponto de vista objectivo ou patrimonial, uma das partes do contrato se encontra manifestamente em desvantagem (o caso dos “jogos de fortuna ou azar” e do “contrato de aposta, abrigados na categoria dogmática do *critério da inevitabilidade do resultado final*), mas somente se representa algum valor: “*the court will not judge the adequacy of the consideration but the consideration must be realistic and not without value*”. O princípio foi posto em causa no célebre caso *Chappell & Co Ltd v Nestlé Co Ltd*, julgado pela *House of Lords*. A *Nestlé* lançou uma campanha em que vendia discos de vinil por um valor muito reduzido, a que acresciam três invólucros de um dos seus chocolates. A *Chappell*, empresa que detinha direitos de autor sobre discos incluídos na promoção, intentou uma acção por considerar que valor cobrado pela *Nestlé* não correspondia ao preço de venda ao público, pelo que deveria ser este último e não o valor efectivamente cobrado a ser tido em consideração no cálculo das percentagens devidas a título de direitos de autor. A *House of Lords* deu por preenchida a necessária *consideration*. *Lord Reid* inclui na *consideration*: (i) o valor monetário; (ii) os três invólucros; (iii) o eventual aumento das vendas dos chocolates (*benefícios directos*) promovidos pela campanha; e (iv) a publicidade à *Nestlé*, com um conhecido impacto no valor da própria sociedade (*benefícios indirectos*). *Lord Somervell*, embora recorrendo a idênticos argumentos, assume uma postura mais clássica ao afirmar que cabe à parte determinar a *consideration* que julgue adequada, independentemente do uso que posteriormente lhe venha a atribuir”. Esta corrente jurisprudencial encontra-se sedimentada nos seguintes Acórdãos: *Haigh v Brooks* (1839) 10 A & E 309-321, 320; *Moss v Hall* (1850); *Chappell & Co Ltd v Nestlé Co Ltd* (1960) AC 87-115; *Forde v Birmingham City Council* (2009) 1 WLR 2732-2779 (84); é possível encontrar, ainda que noutro âmbito temático, um acórdão mais recente do *Queen’s Bench: Classic Maritime Inc v Lion Diversified Holdings Berhard* (2010) 1 CLC 445-469; seguimos de muito perto, na doutrina anglo-saxónica, J. Beatson/A. Burrows/J. Cartwright, *Anson’s Law of Contract*, 30ª edição, OUP, Oxford, 2016, pp. 88 e ss; *Cheshire, Fifoot & Furmston’s Law of Contract*, 16ª edição, OUP, Oxford, 2012; John Hudson, *The Oxford History of the Laws of England*, II: 878-1208, 2012, 688-708; James Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Clarendon Press, 2011, pp. 128-138; na doutrina portuguesa, A. Barreto Menezes Cordeiro, “A Consideration no Direito inglês dos contratos”, *cit.*, pp. 97-121.

⁵³ *V. Commonwealth v. Dent*, 992, A. 2d, 190, 191, (Pa 2010).

⁵⁴ Para mais desenvolvimentos, Hugo Luz Dos Santos, *O Contrato de Jogo e Aposta e Questões Conexas (Contrato de Swap de Taxas de Juro)*, 2018, no prelo.

Após uma investigação científica mais aprofundada, torna-se imperioso avançar um outro critério concretizador dos “jogos de fortuna ou azar” e o “contrato de aposta”, que *dependem total ou predominantemente da sorte*. De permeio lançar-se-á mão de alguns lugares paralelos que expressam a existência de um *critério geral alternativo* no âmbito dos jogos de fortuna ou azar, *que depende exclusivamente da sorte* (art.º 1.º, do Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro), e que se irmana, com as devidas adaptações, com o contrato de aposta: o *critério da inevitabilidade do resultado final* que se interliga com a completa ausência de domínio por parte do jogador dos termos do *resultado final* e, por aí, com a *relevância negativa da teoria das esferas de risco* de inspiração alemã.

Assim, torna-se imperioso criar um *critério unificador* que agregue os “jogos de fortuna ou azar” e o “contrato e aposta” e que se autonomize do (reductor) *critério de participação das partes no acontecimento*.

Como vimos anteriormente, a doutrina dominante inclina-se para o acolhimento do *critério da participação das partes no acontecimento* para distinguir o contrato de jogo e aposta. Esse critério é reductor e insuficiente para captar a realidade empírica que se funda no axioma de que, no âmbito dos jogos de fortuna ou azar e do contrato de aposta, há um elemento de *exterioridade*, de *inevitabilidade*, e *inderrotabilidade* em sede do qual a *aleatoriedade forte* ou a pura *sorte* desempenha um papel determinante do resultado final. Por essa razão, a benefício da certeza e da segurança jurídica, o critério da participação das partes no acontecimento deve valer somente para o contrato de jogo, criando-se, para o efeito, um outro critério distintivo relativamente aos “jogos de fortuna ou azar” e em relação ao “contrato de aposta” na medida em que, como acima se disse, ambos estão genética e funcionalmente interligados com a *aleatoriedade forte* (a *sorte*) que, pura e simplesmente, se subtrai, total ou predominantemente, à *esfera de domínio* ou *esfera de risco* do jogador.

Tem sido entendido, mais recentemente, que, nos jogos de fortuna ou azar⁵⁵, há normalmente uma intencional ou consciente aceitação e

⁵⁵ “O regime legal em vigor, definido pelo Dec. Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro (com as alterações do Dec. Lei n.º 10/95, de 19 de Janeiro) – Lei do Jogo – estrutura-se na distinção entre *jogos de fortuna ou azar* e *modalidades afins* de jogos de fortuna ou azar, com a absoluta interdição do jogo clandestino. Os *jogos de fortuna ou azar* são definidos no art.º 1.º da Lei do Jogo como *aqueles cujo resultado é contingente por assentar exclusiva ou fundamentalmente na sorte*.

Não obstante, o art.º 4.º da Lei do Jogo, com a epígrafe, «*Tipos de jogos de fortuna ou azar*», enuncia no seu n.º 1, a título exemplificativo – assim o indica a utilização do advérbio, *nomeadamente* – a propósito dos jogos autorizados nos casinos, os tipos de jogos de fortuna ou azar, e que são:

- Os jogos bancados [baca-*á*, banca francesa, boule, cussec, *écarté* bancado, roleta francesa, roleta americana, black-jack, chucluck, trinta e quatro, bacará de banca limitada, craps e keno], alíneas a) a d);
- Os jogos não bancados [bacará chemin de fer, bacará de banca aberta, *écarté* e bingo], alínea e);
- Os jogos em máquinas pagando directamente prémios em fichas ou moedas, alínea f);
- Os jogos em máquinas que, não pagando directamente prémios em fichas ou moedas, desenvolvem temas próprios dos jogos de fortuna ou azar ou apresentem como resultado pontuações dependentes exclusiva ou fundamentalmente da sorte, alínea g).

A esta lista de *jogos de fortuna ou azar* há que acrescentar, nos termos das Portarias n.º 461/2001, de 8 de Maio e n.º 217/2007, de 26 de Fevereiro, o póquer sem descarte (jogo bancado), o póquer *omaha*, o póquer *hold'em* e o póquer sintético (jogos não bancados).

Em regra, a exploração e a prática de jogos de fortuna ou azar só são permitidas nos casinos existentes em zonas de jogo legalmente criadas (art. 3.º, n.º 1, da Lei do Jogo). No que respeita às *modalidades afins dos jogos de fortuna ou azar* o art. 159º, n.º 1, da Lei do Jogo define-as como, *as operações oferecidas ao público em que a esperança de ganho reside conjuntamente na sorte e perícia do jogador, ou somente na sorte, e que atribuem como prémios coisas com valor económico.*”. Também aqui não deixou o legislador de enunciar, de forma exemplificativa, as *modalidades afins*, fazendo-o no n.º 2 do mesmo artigo, como tal considerando, rifas, tómbolas, sorteios, concursos publicitários, concursos de conhecimentos e passatempos. A Lei do Jogo fulmina com a ilicitude criminal as actividades e condutas relacionadas com a exploração e a prática de *jogos de fortuna ou azar* (arts. 108.º a 115.º), ficando as *modalidades afins* a coberto do direito de mera ordenação social (arts. 160.º a 163º). Assim, a Lei do Jogo tipifica os seguintes crimes: *exploração ilícita de jogo* (art. 108º); *prática ilícita de jogo* (art. 110º); *presença em local de jogo ilícito* (art. 111.º); *coacção à prática de jogo* (art. 112º); *jogo fraudulento* (art. 113º); *usura para jogo* (art. 114º) e *material de jogo* (art. 115º).

A repressão do jogo pela via penal radica, em primeira linha, em razões de ordem moral, no reconhecimento das características viciantes desta actividade humana, mas outros fundamentos têm justificado a intervenção do direito penal, tais como, a protecção do património e a defesa da paz social e da ordem pública. Podemos pois dizer que os valores tutelados pelas normas penais que punem o jogo são, *os bons costumes*, a *propriedade* e, de certa forma, o *interesse fiscal do Estado* (cfr. Rui Pinto Duarte, *O Jogo e o Direito*, Thémis, Ano II, n.º 3, pág. 89). O Estado visa, assim, controlar os efeitos negativos do jogo através da regulamentação, disciplina e sancionamento desta actividade lúdica do homem, estabelecendo os locais onde certos jogos podem ser praticados e respectivas regras de acesso, definindo as entidades que os podem explorar e o seu modo de funcionamento, fixando

mesmo busca da sorte ou fortuna, ou seja, uma exposição deliberada à natureza imprevisível ou incontrolável do resultado ou dos percalços e voltas e reviravoltas da competição⁵⁶.

Esta modalidade da acção típica (“*jogos de fortuna ou azar*”)⁵⁷ quer, fundamentalmente, referir-se a todo aquele conjunto de jogos em que, do ponto de vista objectivo, se expressa a tirania do irreversível; a afirmação do inelutável; é a expressão daquele *círculo de vida* em que tudo parece quase decidido à partida, porque a perícia do jogador, além de não desempenhar qualquer papel no resultado final do jogo, não é, sequer, pressuposta quando o jogador começa a sua actividade lúdica. O jogador aceita, como resultado final do jogo, o que a *sorte* lhe trouxer.

Mais ainda: esta modalidade típica tem em mente, pois, aqueles jogos em que o foco do jogador está muito mais direccionado para o *animus ludendi*, para o jogo enquanto divertimento pessoal, e muito menos para o jogo em si mesmo tomado e, ainda menos, para o resultado final do jogo que o jogador sabe, de ciência certa, que não pode dominar e muito menos influenciar por maior que seja o seu *skillset*.

Quer dizer: o resultado final importa para o jogador, porque, principalmente, este não o pode controlar, donde o desenvolvimento de alguma ansiedade e angústia, surgindo as competições desportivas e os restantes

as regras a observar no desenrolar de cada jogo, e estabelecendo as regras de fabrico e comercialização dos materiais conexos. Sendo por esta via, como se diz no Acórdão n.º 4/2010 (DR, I-A, n.º 46, de 8 de Março de 2010), que se procura *extirpar o jogo clandestino, de características perniciosas e muitas vezes associado à marginalidade*. Neste seguimento, o art.º 68º da Lei do Jogo subordina o fabrico, a exportação, a importação, a venda e o transporte de material e utensílios caracterizadamente destinados à exploração de jogos de fortuna ou azar à competente autorização da Inspecção-Geral de Jogos”; neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 03/07/2012 (relator: Vasques Osório), disponível em www.dgsi.pt.

⁵⁶ Jorge A. F. Godinho, *Direito do Jogo*, Volume I, Fundação Rui Cunha, CRED-DM, Macau, 2015, p. 149.

⁵⁷ No entendimento do acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 2-11-2015: O jogo de uma máquina que, não pagando directamente prémios em fichas ou dinheiro, desenvolve temas próprios de jogos de fortuna ou azar (em tudo semelhante ao modo de operação de um jogo de roleta) e apresenta como resultado pontuações (susceptíveis de serem convertidas em dinheiro) dependentes exclusiva ou fundamentalmente da sorte (sem qualquer intervenção da perícia do jogador), deve ser classificado como um jogo de fortuna ou azar, nos termos dos artigos 1.º e 4.º, n.º 1, al. g, do Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro.

jogos constantes do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro⁵⁸ como o exemplo paradigmático dos jogos de fortuna e azar⁵⁹.

⁵⁸ Equivalente ao artigo 3.º, n.º 3 da Lei n.º 16/2001, em vigor no ordenamento jurídico da Região Administrativa Especial de Macau.

⁵⁹ A jurisprudência em torno do alcance normativo dos tipos de jogos de fortuna ou azar (art.º 4.º, do Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro) e das modalidades afins é inabarcável: 1. Ac. TRP de 11-12-2013: “I. Não corresponde a qualquer dos temas próprios dos jogos de fortuna ou azar, sendo antes uma modalidade afim destes, o «jogo» desenvolvido pela máquina em que, mediante a introdução de uma moeda de 0,50 euros, 1,00 euros ou 2,00 euros, é disparado automaticamente um ponto luminoso no painel frontal que percorre, num movimento circular, uniformemente desacelerado, os vários orifícios existentes no mostrador, iluminando-os á sua passagem e, sem qualquer interferência do jogador, o ponto luminoso vai perdendo gradualmente velocidade, até parar, fixando-se aleatoriamente num dos orifícios mencionados: se esse ponto corresponder a um dos orifícios identificados pelos números 1, 50, 2, 100, 5, 20, 200 e 10, o jogador ganha a quantia correspondente - conversão de cada ponto por - 1,00; se parar num dos restantes orifícios, o jogador não tem direito a qualquer prémio.

2. Ac. TRP de 24-04-2013: I. O crime de exploração de jogos de fortuna e azar, ao pretender acautelar a integridade das zonas de concessão dos casinos para a exploração exclusiva desses jogos (bem jurídico imediato), não se está a tutelar criminalmente a sua exploração económica pelas respectivas entidades concessionárias, mas antes a proteger os consumidores e prevenir a criminalidade associada (bem jurídico mediato). II. Perante a cláusula geral do citado artigo 108.º, n.º 1 da Lei do Jogo (DL 422/89, de 2 de Dezembro, a mesma deverá ser integrada pelos exemplos-padrão dos jogos de fortuna ou azar do artigo 4.º, surgindo os mesmos como sub-tipos orientadores daquele tipo legal de crime. III - Nesta conformidade, apenas se pode considerar como jogos de fortuna ou azar, integradores do crime de exploração de jogo ilícito, os enunciados no catálogo do art.º 4.º da Lei do Jogo.

3. Ac. TRP de 8-02-2012 : A conduta típica do crime de exploração ilícita de jogo consiste em, por qualquer meio, fazer a exploração de «jogos de fortuna ou azar» previstos no artigo 4.º do DL 422/89, fora dos locais legalmente autorizados, dizer: dos casinos ou de outros locais onde tal exploração é autorizada pelo Estado.

4. Ac. TRP de 19-10-2011: I. À luz da doutrina do acórdão de fixação de jurisprudência n.º 4/2010, não são consideradas máquinas de jogo de fortuna ou azar as máquinas que funcionam como uma espécie de rifas ou tómbolas mecânicas, porque nelas a expectativa é limitada ou predefinida e o impulso para o jogo tem de ser renovado em cada operação. II. Já o serão, porém - na justa medida em que induzem comportamentos compulsivos com reflexos sociais danosos, que a criminalização da exploração ilícita do jogo pretende combater -, as máquinas que possibilitam uma série praticamente ilimitada de jogadas, numa espécie de encadeamento mecânico e compulsivo, em que o jogador corre o risco de se envolver emocionalmente, em que os pontos adquiridos podem ser usados em jogos sucessivos e o próprio funcionamento do jogo induz á acumulação de pontos e a essa utilização em jogos sucessivos.

5. Ac. TRP de 25-05-2011: É de fortuna ou azar o jogo desenvolvido por uma máquina em que:- o resultado ou pontuação final assenta exclusivamente no factor sorte;- o prémio é pago unicamente em dinheiro;- o modo de obtenção da pontuação é igual ou análogo ao funcionamento do jogo da roleta, com a característica de, nesta máquina, se tratar de uma «roleta electrónica».

6. Ac. TRP de 25-03-2010: I. Apenas são de considerar como jogos de fortuna ou azar, integradores do crime de exploração ilícita de jogo, os enunciados no catálogo do artigo 4º da Lei do Jogo. II. A intenção do legislador passa pelo entendimento de se considerar que os jogos que dependem essencialmente do acaso e da sorte do jogador, são aqueles em que este não tem qualquer possibilidade de influenciar ou condicionar o resultado do respectivo jogo

7. Ac. TRP de 15-07-2009: I. Apenas se podem considerar jogos de fortuna ou azar, integradores do crime de exploração ilícita de jogo, os enunciados no art.º 4.º do DL n.º 422/89, de 2 de Dezembro. II. Não desenvolve tema próprio dos jogos de fortuna ou azar a máquina que proporciona, mediante a introdução de uma moeda de 1 euro, a atribuição de brindes, previamente fixados em catálogo e mediante indicação, através de números ou letras, em senhas existentes nos invólucros proporcionados pela máquina.

8. Ac. TRL de 5-04-2011: VIII. Como se infere do Acórdão de Fixação de Jurisprudência n.º 4/2010 (Diário da República, 1.ª série - N.º 46 - 8 de Março de 2010), o critério de distinção entre o ilícito criminal e o ilícito contra-ordenacional tem que ser um critério material, imposto pelo princípio da legalidade e pela função de garantia inerente a cada tipo de crime. E assim, não obstante a formulação genérica constante do artigo 1.º, e da enunciação exemplificativa constante do artigo 4.º, n.º 1, ambos do Dec. Lei nº422/89, de 2Dez., deve entender-se que os jogos de fortuna ou azar são os que se encontram especificados no n.º 1 do artigo 4.º, sem prejuízo de outros que venham a ser autorizados. Todos os demais são modalidades afins; IX. A alínea g) do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º422/89, de 2Dez., na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 10/95, de 19 de Janeiro, inclui nos jogos de fortuna ou azar não só os «jogos em máquinas que, não pagando directamente prémios em fichas ou moedas, desenvolvam temas próprios dos jogos de fortuna ou azar», mas também aqueles que «apresentem como resultado pontuações dependentes exclusiva ou fundamentalmente da sorte»; X. Apesar de a máquina apreendida não pagar directamente prémios em dinheiro, nem desenvolver jogo próprio dos de fortuna ou azar, porque apresentava como resultado pontuações dependentes exclusivamente da sorte, a mesma encontra-se abrangida pela previsão daquela alínea g);

9. Ac. TRL de 22-04-2009 : 1. Os jogos de fortuna ou azar são aqueles cujo resultado é contingente por assentar exclusiva ou fundamentalmente da sorte e que estão tipificados no art.º 4º, n.º 1 do D.L. 422/89, de 2 de Dezembro.2. As modalidades de jogos que estão fora desta descrição tipificada, modalidades de jogos cujos resultados também dependem exclusiva ou fundamentalmente da sorte, não constituem, no quadro da lei, jogos de fortuna ou azar, mas modalidades afins, cuja exploração não autorizada ilegal será de sancionar como contra-ordenação.

10. Ac. TRG de 3-12-2012: I. O teor normativo do conceito de jogo de fortuna ou azar deve resultar da ponderação e aplicação, em conjunto, dos elementos constantes

da fórmula geral do artigo 1.º, com a descrição exemplificativa ou concretizadora constante do artigo 4.º, ambos da Lei do Jogo; II. - A exploração do jogo da *lerpa* não se encontra reservada ou restringida por lei aos casinos e o comportamento de quem explora ou intervém no jogo da *lerpa* não constitui, respectivamente, o crime do artigo 108.º ou o crime do artigo 110.º, ambos da Lei do Jogo.

11. Ac. TRG de 13-10-2008: I. O D.L. n.º 422/89, de 02-12, alterado pelo D.L. n.º 10/95, de 19-01, passou a enunciar no seu art. 4.º, os tipos de jogos de fortuna ou azar, entre os quais os constantes na sua alínea f) e g), respectivamente, a saber: jogos em máquinas pagando directamente prémios em fichas ou moedas; jogos em máquinas que, não pagando directamente prémios em fichas ou moedas, desenvolvam temas próprios dos jogos de fortuna ou azar ou apresentem como resultado pontuações dependentes exclusiva ou fundamentalmente da sorte. II. Assim, o funcionamento de uma máquina, enquanto jogo de fortuna ou azar, deverá corresponder a um acto de jogar fundamentalmente dependente da sorte, existindo uma total indefinição e desproporção entre aquilo que se arrisca e o resultado que se pode vir a obter (prémio). III. Tal não sucede com uma máquina que, mediante a introdução de uma moeda de 0,50 euros, dá sempre a atribuição de chocolates cujo valor oscila entre 0,10 euros a 2,00 euros, previamente fixados em catálogo e mediante indicação, por número, constante nas senhas existentes nos invólucros proporcionados por esse aparelho, não existindo, pois, desproporção nem total indefinição entre aquilo que se arrisca e o resultado que pode surgir, isto é, o prémio, uma vez que ao cliente sai sempre um prémio, perfeitamente conhecido e aceite pelo utilizador. IV. Trata-se, pois, de um jogo que não explora temas próprios dos jogos de fortuna ou azar reservados para os casinos, não se integrando em qualquer tipo de jogo descrito no art.º 4.º do DL 422/89, de 2.12, mas sim nas modalidades afins de jogos de fortuna ou azar a que se refere o art.º 159.º do mesmo diploma.

12. Ac. TRE de 2-07-2013: V. Apesar de a máquina apreendida não pagar directamente prémios em dinheiro, nem desenvolver jogo próprio dos de fortuna ou azar, porque apresentava como resultado pontuações dependentes exclusivamente da sorte, a mesma encontra-se abrangida pela previsão da alínea g) do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro, pelo que a exploração dessas máquinas, fora dos locais devidamente licenciados, é proibida, fazendo incorrer o seu detentor na prática do crime, p. e p. pelo artigo 108.º, n.º 1, do mesmo diploma legal.

13. Ac. TRC de 18-03-2015 : I. À luz da doutrina do acórdão de fixação de jurisprudência n.º 4/2010, não são consideradas máquinas de jogo de fortuna ou azar as máquinas que funcionam como uma espécie de rifas ou tómbolas mecânicas, ainda que conferindo prémios monetários de pequena monta e de natureza pré-definida. II. Constitui critério diferenciador, fundamental, das modalidades afins, a predeterminação do prémio e a pequena dimensão daquilo que o jogador arrisca, pelo pequeno valor da aposta e pela certeza, pré-definida, dos prémios - objectos ou bens certos e determinados, característicos da rifas, tómbolas ou concursos.

14. Ac. TRC de 1-07-2015 : Constitui jogo de fortuna e azar, integrador do tipo previsto no artigo 108.º, com referência aos artigos 1.º, 3.º, 4.º, n.º 1, alínea g), todos do D.L. n.º 422/89, de 02-12, o desenvolvido por máquina que apresenta como resultado

Com efeito, nos jogos de fortuna ou azar, o jogador aceita, de forma passiva e acrítica, não só o que a sorte lhe trazer mas, e sobretudo, somente o que a sorte lhe trazer; desprovido, pois, de qualquer expectativa de desafiar e, muito menos, de contornar os termos do «*se*» e do «*como*» do resultado final que o jogador sabe, desde o início da sua actividade lúdica, não pode alterar ou, ainda que de forma marginal, desafiar.

No caso das competições desportivas, o jogador que canaliza o seu dinheiro para a “aposta” nesta ou naquela equipa desportiva mas sabe, à partida, que não tem qualquer hipótese de *controlar* ou *dominar*, licitamente, o resultado final deste ou daquele jogo ou evento desportivo.

As condicionantes internas do próprio jogo (as lesões, as condições meteorológicas, o cansaço físico e mental dos participantes internos do jogo, a forma física dos participantes internos, os eventuais erros de arbitragem desportiva, ou outras condicionantes internas, próprias de cada evento desportivo, que escapem necessariamente à intervenção e conformação directas do jogador externo) anulam, pois, toda e qualquer possibilidade de o jogador interferir com o resultado final do jogo de fortuna ou azar, donde, à luz do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro sejam aqueles em que o resultado é contingente por depender exclusiva ou principalmente da sorte do jogador⁶⁰.

pontuações, susceptíveis de serem convertidas em dinheiro, dependentes exclusivamente da sorte [onde não intervém, portanto, a perícia do jogador], semelhante, no específico modo de operação, ao de roleta.

15. Ac. TRG de 2-11-2015: O jogo de uma máquina que, não pagando directamente prémios em fichas ou dinheiro, desenvolve temas próprios de jogos de fortuna ou azar (em tudo semelhante ao modo de operação de um jogo de roleta) e apresenta como resultado pontuações (susceptíveis de serem convertidas em dinheiro) dependentes exclusiva ou fundamentalmente da sorte (sem qualquer intervenção da perícia do jogador), deve ser classificado como um jogo de fortuna ou azar, nos termos dos artigos 1.º e 4.º, n.º 1, al. g, do Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro.

16. Ac. TRP, de 28.09.2016 Jogo de fortuna e azar. Um jogo de uma máquina que, não fornecendo directamente prémios em fichas ou dinheiro, na sequência da jogada, desenvolve temas próprios de jogos de fortuna ou azar, a semelhança do que sucede com os jogos de roleta, apresentando como resultado pontuações de forma aleatória, susceptíveis de serem convertidas em dinheiro, cujo resultado depende exclusivamente da sorte, isto é, sem qualquer intervenção da habilidade ou perícia do jogador deve ser classificado como um jogo de fortuna ou azar”; arestos disponíveis em www.dgsi.pt e em www.pgdl.pt.

⁶⁰ Equivalente ao artigo 1.º, n.º 3, da Lei n.º 16/2001 em vigor no ordenamento jurídico da Região Administrativa Especial de Macau.

A esta luz, é ineludível a analogia funcional entre a *ausência de domínio* dos termos do “se” e do “como” do resultado final, que se verifica nos jogos de fortuna ou azar e no contrato de aposta (onde a aleatoriedade e a sorte, desempenham um papel determinante no resultado final), e a *doutrina das esferas de risco ou de responsabilidade*: nos jogos de fortuna ou azar e no contrato de aposta a aleatoriedade e a sorte, desempenhando um papel fundamental no resultado final, situam-se *fora* da *esfera de risco* ou da *esfera de domínio* do jogador.

As sub-categorias doutrinárias da *invencibilidade*, *inderrotabilidade*, e da *exterioridade*, desempenham aqui um papel muito importante: a *aleatoriedade forte* e a sorte (por contraposição com a *aleatoriedade fraca*, característica do contrato de jogo) escapam, no âmbito dos jogos de fortuna ou azar e do contrato de aposta, total ou predominantemente, à *esfera de domínio* ou à *esfera de risco* do jogador, na medida em que a *aleatoriedade forte* e a pura sorte são *elementos essenciais* do próprio *programa lúdico*. Compreende-se porquê: o jogador quando inicia a sua jornada lúdica tem as suas legítimas aspirações de “ganhar” ou de “perder” total ou predominantemente dependentes de um factor invencível, inderrotável e completamente exterior à sua *esfera de risco* ou *esfera de domínio*: a *aleatoriedade forte* e a sorte que determinarão decisivamente o curso do acontecimento lúdico: o resultado final. O emprego da expressão “aleatoriedade forte” não é desprovida de sentido. O emprego do adjectivo “forte” também não. Ambos destinam-se a reforçar a universo do inelutável. Do invencível. Enfim, do inevitável. Por maior que seja a gama de recursos técnico-lúdicos do jogador, a sorte vencerá sempre e determinará, invariavelmente, o resultado final do acontecimento lúdico. Por isso, aqueles (a aleatoriedade forte e a sorte) são *elementos essenciais* do próprio programa lúdico. Nada acontece, no âmbito dos jogos de fortuna e azar e do contrato de aposta, sem o auxílio prestimoso (quando se ganha) ou desditoso (quando se perde) da *aleatoriedade forte* ou a pura sorte. Tal não ocorre no âmbito do contrato de jogo. No contrato de jogo, a *aleatoriedade fraca* e a sorte são, igualmente, elementos constitutivos do programa lúdico. Mas não são elementos essenciais, no sentido de determinantes, do resultado final. São, pois, meros *elementos incidentais* do resultado final. Também aqui se compreende porquê: ao contrário do que acontece nos jogos de fortuna ou azar e do contrato de jogo e aposta, o jogador quando inicia a sua jornada lúdica tem as suas legítimas aspirações de “ganhar” ou de “perder” total ou predominantemente dependentes de um factor comple-

tamente inerente à sua *esfera de risco* ou *esfera de domínio*: a sua destreza, perícia ou talento inato para o *domínio do jogo* e, por aí, dos termos do “se” e do “como” do resultado final. Por isso, neste âmbito, denominamos a sorte de *aleatoriedade fraca*, na medida em que o resultado final, no âmbito do contrato de jogo, é amplamente derrotável, vencível, ou evitável pela perícia do jogador. E isso deve-se, total ou predominantemente, a factores eminentemente subjectivos do jogador, tais como, a destreza, a experiência lúdica, e a sobriedade.

Por isso, defendemos o *critério da inevitabilidade do resultado final* e propugnamos o abandono do *critério da participação das partes no acontecimento de que depende o prémio*. O *critério da inevitabilidade do resultado final* tem a grande vantagem científica de proceder a uma melhor arrumação dogmática dos jogos de fortuna ou azar e do contrato de aposta (unificando-os na categoria doutrinal da *aleatoriedade forte*) e, coerentemente, o de autonomizar o contrato de jogo, abrigando-o na categoria doutrinal da *aleatoriedade fraca*. Pode entrever-se aqui um resquício da manutenção do critério de participação das partes do acontecimento de que depende o prémio. É, contudo, uma questão categorial-classificatória de segunda ordem. Porquanto, vislumbra-se escassa validade científica na autonomização dogmática deste critério, na medida em que o *critério da inevitabilidade do resultado final* procede a uma mais clara e simples arrumação dogmática da distinção entre “jogos de fortuna ou azar”, “contrato de jogo” e “contrato de aposta”.

O *critério da inevitabilidade do resultado final* funda-se, como se disse, na teoria das *esferas de risco* ou de *domínio*, de inspiração germânica. A analogia funcional entre ambas diz respeito, fundamentalmente, à auto-responsabilidade pela produção de um evento (lesivo ou lúdico, conforme o caso) no mundo exterior: a *esfera de risco* é uma responsabilidade própria atribuída à pessoa (singular ou colectiva) no que respeita à *contenção de riscos empresariais* que se destina em última análise a prevenir e evitar danos a terceiros. Estas orientações doutrinárias destinam-se a encontrar, no interior da organização interna da pessoa (singular ou colectiva), uma esfera (*Sphäre*) ou um domínio (*Herrschaftsbereich*) sobre o qual, em função de *critérios de causalidade*, ela (pessoa colectiva) seria directamente *responsável pelo domínio* ou controlo do perigo ou do *círculo de perigo*⁶¹.

⁶¹ Neste sentido, na doutrina alemã, ainda que no âmbito do direito das obrigações e das perturbações da prestação (*Leistungstörungen*), como vimos, Volker Emmerich, *Das*

A pedra angular das *teorias das esferas de risco* (*Sphärentheorie*) traduz-se na consideração de que cada sujeito da «vida de relação» ou de uma relação obrigacional suporta o risco empresarial sempre que o evento causador do dano se relacione com a sua pessoa, com as suas coisas ou com a sua empresa em si mesmo tomada, o mesmo é dizer com a sua *esfera de risco*^{62/63}.

Recht der Leitungsstörungen, 8. Auflage, 2008, pp. 168 e ss. A expressão *Leitungsstörungen* (perturbação das prestações) foi cunhada por Heinrich Stoll, *Die Lehre von den Leitungsstörungen*, 1936. A reforma da modernização do Direito da perturbação das prestações ocorrida no Direito das Obrigações alemão em 2001/2002 foi tal, que já se disse “*Juristen aller Generationen haben das Recht der Leitungsstörungen von neuem zu erlernen*”, neste sentido, na doutrina alemã, Daniel Zimmer, “Das neue Recht der Leitungsstörungen”, in: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Band I, (2002), p. 1; na doutrina alemã, Dieter Medicus, “*Die Leitungsstörungen in neuen Schuldrecht*”, in: *JuS*, (2003/43), 6, p. 521; na doutrina portuguesa, António Menezes Cordeiro, *Da Modernização do Direito Civil, I: Aspectos gerais*, Coimbra, Almedina, (2004), pp. 78-79; António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, II – Direito das Obrigações*, Tomo I, (2009), p. 91, e Tomo IV, (2010), Coimbra, Almedina, p. 112; na doutrina portuguesa, Eduardo Dos Santos Júnior, “Da “impossibilidade pessoal” de cumprir. Breve confronto do novo Direito alemão com o Direito português”, in: “*O Direito*”, Ano 142., (2010), III, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 423-434; Sobre a reforma do Código Civil Alemão, na doutrina de Macau, Luís Pessanha, “The Macau Civil Code Under the Shadow of the BGB: The Schuldrechtsreform of 2002” [*O Código Civil de Macau sobre a sombra do BGB: A Reforma do Direito das Obrigações Alemão de 2002*], in: *Studies in Macau civil, commercial, constitutional and criminal law*, Jorge Godinho (Ed.), LexisNexis, Hong Kong, (2010), 67-119. Na doutrina alemã, Claus-Wilhelm Canaris, “Die Reform des Rechts der Leitungsstörungen”, in: *JuristenZeitung (JZ)*, 10/2001, pp. 499 e ss, Peter Schlechtriem/Martin Schimidt-Kessel, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, Tübingen, (2005), pp. 227 e ss.

⁶² Na doutrina alemã, Friedemann Nassaeur, *Sphärentheorien*, cit., pp. 18 e ss. “A sentença judicial que ditou o acolhimento jurisprudencial dos tribunais alemães à *teoria das esferas de risco empresarial* aconteceu na decisão do RG de 6 de Fevereiro de 1923, in: *RGZ* 106, pp. 264 e ss, em sede da qual o tribunal considerou que a prestação de trabalho se tornou impossível devido a um facto alheio à vontade do empregador e do trabalhador – a falta de fornecimento de electricidade relacionada com uma greve – e que, no caso em apreço, não seria exigível ao empregador suportar os encargos do pagamento dos salários relativos ao tempo de duração do impedimento. Neste caso concreto, a teoria do risco empresarial serviu para fundamentar uma limitação à mora do credor (*Annahmemeunmöglichkeit*), quebrando, assim, de certo modo, a oposição tradicional entre *mora accipiendi* e *impossibilidade de cumprimento*. De todo o modo, a *teoria das esferas de risco empresarial* foi expressamente acolhida pelos tribunais alemães, mais concretamente numa sentença de 7 de Dezembro de 1968, *Der Betrieb*, 1969,

pp. 446 e ss. A factualidade subjacente a esta sentença judicial era a seguinte: A, artista de *cabaret* contratado por B durante um mês, fora impedido de trabalhar por metade do tempo em virtude de um incêndio do local. A reclamou o pagamento da retribuição a que teria direito, mas B recusou, resolvendo o contrato. O Tribunal decidiu a favor da pretensão de A aplicando a teoria das esferas de risco empresarial, argumentando, para o efeito, que A era completamente alheio à ocorrência do incêndio no estabelecimento comercial de diversão nocturna uma vez que a ocorrência desse evento danoso situa-se na esfera de risco empresarial de B. Mais tarde, os tribunais alemães voltaram a aplicar expressamente a teoria das esferas de risco empresarial, atribuindo, igualmente, a remuneração ao trabalhador (encarregado de montagem de tubagem e equipamento de aquecimento), durante o período que esteve impedido de trabalhar num estaleiro naval em virtude de uma greve da IG Metal (união de metalúrgicos)” (sentença do BAG de 7 de Novembro de 1975, in: *Neue Juristischen Wochenschrift (NJW)*, 1976, pp. 990 e ss; refira-se que esta última sentença reiterou o entendimento da decisão do BAG de 1 de Fevereiro de 1973, in: *Neue Juristischen Wochenschrift (NJW)*, 1973, pp. 1295 e ss que considerou também ser risco empresarial a impossibilidade de receber a prestação laboral em virtude da greve de terceiros. Pode também ver-se, no sentido de atribuição do risco de contraprestação numa impossibilidade causada por greve da empresa, a sentença do BAG de 7 de Novembro de 1975, in: *Neue Juristischen Wochenschrift (NJW)*, 1976, pp. 990 e ss; na doutrina do direito comparado da Alemanha, Staudinger/Otto, § 326; Joachim Luke, § 615 S. 3 BGB, pp. 245 ss; Martin Binder, *Die Beendigung*, pp. 271 e ss; na doutrina do direito portuguesa, Catarina Monteiro Pires, *Impossibilidade da Prestação*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas-Civis, Coleção Teses, Coimbra, Almedina, 2017, (pp. 19-798), (pp. 548 e ss), que seguimos de muito perto; Hugo Luz Dos Santos, “Plaidoyer por uma “distribuição dinâmica do ónus da prova” e pela “teoria das esferas de risco” à luz do recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18/12/2013: o (admirável) “mundo novo” no homebanking? in: *O Direito*, Coimbra, Ano 147 n.º 3, (2015), Coimbra, Almedina, 2015, p.715-743.

⁶³ No ordenamento jurídico italiano, a construção doutrinal da «teoria das esferas de risco empresarial» teve acolhimento por parte de importante doutrina italiana, com base na ideia de que uma mora do credor independente de culpa e, igualmente, na ideia-chave de que a responsabilidade do devedor é, no âmbito material das «obrigações de resultado», uma responsabilidade objectiva; a tese doutrinal da responsabilidade da empresa ou do «sujeito detentor da empresa» pelo risco empresarial é respeitante a eventos supervenientes referentes à sua «esfera de competência» (*sfera di competenza*). O que estaria, então, na base da criação de riscos não permitidos na «esfera de competência da empresa» seriam as consequências práticas directamente emergentes da omissão de cooperação necessária desta (a empresa ou o sujeito-credor) com o devedor, o que se traduziu na inobservância de medidas necessárias para evitar a ocorrência de eventos na sua esfera de competência ou de risco empresarial; na doutrina do direito comparado de Itália, Luciana Pisu, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione*, pp. 1168 e ss; Raffaele Picaro, *La Impossibilità sopravvenuta*, pp. 228 e ss; Antonio Lombardi, *La risoluzione*, pp. 72 e ss; Rita Rolli, *L' Impossibilità*, pp. 157 e ss.

O conceito de risco da empresa (*Betriebsrisiko*) e a teoria do risco empresarial (*Betriebsrisikolehre*) preceituam, no essencial, que a pessoa colectiva deve suportar os riscos de perturbação da própria actividade funcional da empresa⁶⁴, o mesmo é dizer, que a pessoa colectiva ou sociedade

⁶⁴ A doutrina brasileira fala em «*deveres negativos do tráfego extracontratual*», Josane Peixoto Noronha, “Abuso do direito e culpa in contrahendo”, in: *Revista de Direito Civil (RDC)*, Ano II (2017), Número 2, Coimbra, Almedina, 2017, p. 481. A doutrina do direito comparado da Alemanha refere expressamente a «*violação do dever no tráfego total*» no sentido do § 276, 2 (*age de maneira negligente quem não toma em conta o cuidado necessário no tráfego*); neste sentido, na doutrina do direito comparado da Alemanha, Christian Von Bar, “Entwicklungen und Entwicklungstendenzen im Recht der Verkehrs (sicherungs) pflichten”, in: *JuS*, 1988, pp. 168 e ss. A *teoria das esferas de risco* interliga-se com a *teoria dos deveres no tráfego*, e foi acolhida expressamente pelos Tribunais alemães no princípio do século XX. “O *Reichsgericht (RG)* proferiu duas decisões judiciais que são geralmente apontadas como o berço dos deveres no tráfego (*Verkehrssicherungspflichten*). Em Outubro de 1902, discutiu-se a responsabilidade pela queda de uma árvore que apodrecera por falta de tratamento, provocando danos num edifício do demandante, proprietário de um terreno limítrofe. Julgando o recurso interposto do *OLG* de *Marienwerder*, que recusara a pretensão do autor por entender que o § 836 do *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)* não se podia estender ao caso, porque apenas dispunha sobre o desmoronamento de prédios ou outras «obras» ligadas ao solo, causado por *construção ou manutenção defeituosa*, não sendo também possível aplicar o § 823, II, por falta de uma norma que obrigasse o dono de árvores a verificar a *probabilidade da sua queda*, o *RG* ainda assim condenou o réu, considerando-se responsável por uma *omissão ilícita*, abrangida pelo § 823, 1, correspondente ao art.º 477.º, n.º 1, 1ª parte do Código Civil de Macau de 1999 e do art.º 483.º, n.º 1, do Código Civil de Portugal. Com efeito, a situação legal depois da entrada em vigor do *BGB* diferia dos princípios do Direito Romano, já não sendo possível manter um ponto de vista segundo o qual “ninguém está obrigado a uma acção positiva para fins de diminuir a influência danosa da sua coisa sobre outras pessoas ou coisas alheias”. Salvo no respeitante à inversão do ónus da prova, o § 836 não representava uma norma excepcional, mas apenas um *aflorescimento de um princípio geral*, segundo o qual *qualquer um deve responder pelos danos causados por uma coisa sua, na medida em que qualquer deve responder pelos danos causados por uma coisa sua na medida em que deve prevenir, em justa consideração pelos interesses de outrem*. Decorridos poucos meses, o *RG* foi chamado a julgar outro recurso de uma decisão do *OLG* de Rostock, que absolvera um município de responsabilidade pelos danos sofridos por um transeunte em virtude de uma queda que acontecera numa ponte na via pública, a qual se encontrava em mau estado de conservação, sem iluminação e escorregadia, por não ter sido limpa do gelo e da neve que se *acumularam*. O Tribunal recorrido entendera que o acidente se devera ao facto de o gelo não ter sido varrido (o autor não o relacionara com o estado da coisa), não podendo o município ser responsabilizado por essa falha, visto faltar uma obrigação legal de o fazer, quer à luz do *BGB*, quer segundo a legislação administrativa, uma vez que o dever de limpar

o gelo, criado por imposição municipal, somente incumbia aos proprietários dos terrenos confinantes com a rua. O *RG* aplicou de novo o § 823, 1, sentenciando que, independentemente de se preencher ou não a qualidade de proprietário, quem dispõe de uma relação legal ou de facto sobre uma coisa, deve observar o devido cuidado sempre que a mesma ingressa no *tráfego público*, de forma a garantir a sua utilização segura, respondendo pelos danos imputáveis à sua indevida manutenção. Volvidos menos de 20 anos, foi proferida outra decisão fundamental, pelo considerável alargamento que proporcionou ao campo de aplicação destes *deveres de conduta*. No caso concreto, um magarefe chamado pelo proprietário para abater uma vaca com um carbúnculo, contraiu a doença, acusando o veterinário de ter cometido uma *dupla omissão*: por um lado, alheou-se do *cuidado devido* à desinfecção e tratamento da ferida que sofrera – apesar de a doença também ser contagiosa para os seres humanos – e, por outro, não o avisou que devia interromper a tarefa, já depois de se ter ferido. Embora reconhecesse a inexistência de um dever legal de prevenir perigos para a saúde, o *RG* acolheu a queixa do açougueiro que, de facto, foi infectado e adoeceu. O centro de fundamentação residiu na *imputação de responsabilidade pelo decurso ordenado e normal das coisas* a todos os que, enquanto prestam os seus serviços, exercem uma profissão de contacto com o público; essa responsabilidade materializa-se em específicos *deveres jurídicos gerais* que se podem denominar num sentido mais vasto “deveres no tráfego”, sem que houvesse contradição na utilização da expressão “*específicos deveres jurídicos gerais*”, pois são específicos na medida em que conteúdo razoavelmente determinado e gerais, porque oneram todos os que exercem uma profissão de contacto com o público. Aparentemente, o único denominador comum com os dois casos anteriores residiu também neste último se tratar de uma *responsabilidade por omissão*, que se considerou pelo raio de alcance do § 823, I. De resto, o *domínio* sobre uma coisa determinada não desempenhou, nessa altura qualquer papel (ao contrário da nossa construção doutrinal e legal, onde o dever de garante e a posição de garantia são directamente referidos à *esfera de risco empresarial* que pressupõe o *domínio fáctico das fontes de perigo* para terceiros), verificando-se antes a *responsabilidade pela assunção de uma tarefa ou actividade*, razão pela qual esta decisão se tornou um marco para a criação do correspondente grupo especial de deveres, conferindo-lhe, por isso, excepcional importância dogmática, reflectida, aliás, de forma ostensiva na formulação terminológica que, pela primeira vez, adoptou a expressão “*deveres no tráfego*” (*Verkehrspflichten*), substituindo a expressão “*deveres de segurança no tráfego*” restrita, doravante, à *prevenção dos perigos provenientes de imóveis* (ou de coisas móveis correlacionadas) e que, nesta acepção mais estreita, ainda hoje continua a ser empregue, relevando-se residual a sua utilização enquanto *pars pro toto*. Contudo, subjazia às três espécies factuais um outro factor essencial de identidade jurídica, centrada na determinação das condutas necessárias para prevenir perigos, quando é possível impedir a sua criação de raiz ou *conduzi-los*, se não se afigurar viável evitá-los, *máxime*, porque inerem ao desempenho de actividades autorizadas. A decisão de 1921 já prenunciava, contudo, um sensível alargamento do seu papel económico e social, facultado pela amplitude potencial da ideia fundamental que lhes subjazia. Com efeito, cedo se percebeu que a elasticidade dos deveres no tráfego que lhes conferia suficiente proficiência para os habilitar a desempenhar novas funções na generalidade dos *sectores cons-*

comercial deve ser juridicamente responsável pelos *eventos lesivos* praticados no âmbito da sua *esfera de risco empresarial* ou mesmo às perturbações relativas a uma *zona de perigo por si dominada, influenciada ou influenciável*⁶⁵.

A pessoa colectiva suporta, assim, o risco da capacidade funcional da empresa, uma vez que lhe cumpre organizar a actividade empresarial de modo a evitar danos a terceiros e maximizar os ganhos da sua actividade funcional⁶⁶.

Em resumo: a teoria das esferas de risco empresarial pode exprimir-se de acordo com o princípio de *zona de influência exclusiva* ou *esfera de controlo do risco empresarial* da pessoa colectiva.

No fundo, aderimos à construção doutrinal do ilustre civilista alemão INGO KOLLER que fundamenta dogmaticamente a imputação (*Zurechnung*) da teoria das esferas de risco empresarial à pessoa colectiva no *princípio do controlo* ou do *domínio abstracto (abstrakte Beherrschbarkeit)* da *esfera de risco empresarial*⁶⁷, que determina que os riscos devem

titutivos do tráfego geral, nas quais a sua intervenção também se revelou uma adequada resposta jurídica aos problemas que, entretanto, iam surgindo. Essa perspectiva foi plenamente confirmada pela evolução subsequente, que cumpre examinar de forma detida, antes de formular as primeiras extrapolações dogmáticas. As razões que ditaram o alargamento do campo de aplicação originário dos *deveres no tráfego* devem-se, em larga medida, às aplicações tecnológicas do excepcional desenvolvimento científico das últimas dezenas de anos que, acompanhadas de imparável concentração urbana, alteraram de forma drástica o quadro factual subjacente aos processos de imputação de danos, concentrado tradicionalmente em ofensas intencionais e directas, perpetradas de modo esporso e ocasional⁶⁵; neste sentido, na doutrina do direito comparado de Portugal, Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Civis, Colecção Teses, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 13-1205, que seguimos de muito perto.

⁶⁵ No direito comparado da Alemanha, Staudinger/Otto, § 326, Número de margem (n.m.) C31; no mesmo sentido, Müko/Henssler, § 615, Número de margem (n.m.) 96.

⁶⁶ No direito comparado da Alemanha, Volker Emmerich, *Inhalt des Schuldverhältnnis*, pp. 368 e ss; Josef Esser/Eike Schmidt, *Schuldrecht*, I, I, pp. 258 e ss; a importância e a expansividade da «teoria das esferas de risco» tem sido directamente associada ao desenvolvimento do ordenamento jurídico alemão através da via jurisprudencial; neste sentido, na doutrina do direito comparado da Alemanha, Kurt H. Biedenkopf, *Die Betriebsrisikolehre*, pp. 48 e ss.

⁶⁷ A doutrina portuguesa fala, no âmbito da responsabilidade civil, em «*esfera de risco*» ou «*esfera de responsabilidade*», Mafalda Miranda Barbosa, «Private Enforcement do direito da concorrência em Portugal: o antes, o agora e o depois da responsabilidade civil por

suportados pela pessoa colectiva, uma vez que é a empresa é responsável pela *esfera que controla* a respectiva fonte ou origem⁶⁸.

No âmbito dos “jogos de fortuna ou azar” e no “contrato de aposta” verifica-se o mesmo fenómeno normativo ocorrido no âmbito da teoria das esferas de risco empresarial. Mas de sinal oposto. No caso da pessoa colectiva, a mesma é responsável pelos riscos ocorridos no âmbito do “círculo de vida” a que diz respeito a *esfera de risco empresarial* que se obrigou, por força dos *deveres de segurança no tráfego*, a controlar e a dominar. A pessoa colectiva é, assim, responsável pelo *resultado final do evento lesivo* emergente da *esfera de risco empresarial* que lhe incumbia, em primeira linha, *controlar* e *dominar*. Existe, pois, uma *esfera de domínio*, uma *esfera de risco empresarial*, que a pessoa colectiva poderia e deveria ter *controlado*. Por conseguinte, a pessoa colectiva é juridicamente responsável pelo resultado final do evento lesivo (“danos a terceiros”), na medida em que este (o evento lesivo) é dominável, controlável, e, principalmente, *evitável*.

No caso da pessoa singular (jogador), assiste-se ao mesmo fenómeno normativo (uma esfera de risco ou uma esfera de domínio), mas com um mecanismo de *controlo* e *domínio do risco* (o resultado final do evento lúdico) radicalmente oposto.

A pessoa singular (jogador), ao contrário da pessoa colectiva, tem sobre si uma *esfera de risco* insusceptível de domínio ou de controlo, na

violação de normas concorrenciais”, in: *O Direito*, Ano 149.º (2017), II, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 285 e ss.

⁶⁸ No direito comparado da Alemanha, Ingo Koller, *Die Risikozurechnung*, pp. 48-99. A doutrina alemã tem debatido a problemática subjacente à *teoria das esferas de risco empresarial* com apoio em dados legais ou em necessidades de certos sectores especiais (como as indústrias perigosas potencialmente causadoras de danos colectivos). Mais concretamente, a teoria das esferas de risco esteve sempre subjacente nas reflexões do civilista alemão Martin Henssler. Na sua monografia dedicada ao *tema do risco como objecto do contrato* o autor alemão considerou que a *previsibilidade objectiva constituiria o critério fundamental de atribuição do risco*. Cada parte suportaria os riscos que procedem da esfera da respectiva planificação. Assim, por exemplo, o *risco da organização do processo produtivo* seria atribuído ao devedor; na doutrina do direito comparado da Alemanha, Martin Henssler, *Risiko*, pp. 48-70. No plano internacional, a ideia das *esferas de risco* tem sido associada ao artigo 7.1.2 dos *Princípios Unidroit*, a doutrina tem realçado estar em causa uma *regra de imputação da responsabilidade ao credor*; no direito comparado da Alemanha, Karl Riesenhuber, *Europäisches Vertragsrecht*, pp. 318 e ss; *apud*, na doutrina do direito comparado de Portugal, Catarina Monteiro Pires, *Impossibilidade da Prestação*, *cit.*, (pp. 575 e ss).

medida em que a mesma está, total ou predominantemente, dependente da *aleatoriedade forte* (a pura sorte) sobre a qual o jogador não tem, pura e simplesmente, qualquer *controle* ou *domínio*. Por conseguinte, o jogador não consegue condicionar o resultado final do evento lúdico (“perder” ou “ganhar” o prémio), na medida em que este (o evento lúdico) não é dominável, controlável, e, principalmente, não é *evitável*. Vale dizer: o resultado final do evento lúdico (“perder” ou “ganhar” o prémio) situa-se, total ou predominantemente, *fora* da *esfera de risco* ou da *esfera de domínio* do jogador. A esta luz, o resultado final do evento lúdico é incontrolável e inevitável.

III.

O contrato de jogo e aposta interliga-se, genética e funcionalmente, com a concessão de crédito para jogo ou aposta. Esta realidade empírica (a concessão de crédito para jogo ou para aposta) quase não tem expressão em Portugal. Compreende-se porquê: a lei portuguesa tipifica como crime de usura para jogo (art.º 114.º, do Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro) a concessão de dinheiro ou de quaisquer outros meios para jogar ou apostar nos casinos. Esta restrição da concessão de crédito para jogo ou para aposta em casino não tem, pelo menos com esta extensão e amplitude incriminadora, paralelo no ordenamento jurídico da Região Administrativa Especial de Macau⁶⁹. Pelo contrário. No sistema jurídico da RAEM, o legislador optou – e bem – por legalizar a concessão de crédito para jogo ou para aposta em casino, contanto que essa actividade comercial seja, por um lado, realizada por entidades taxativamente elencadas na lei (*requisito subjectivo*) e, por outro lado, que essa actividade comercial seja exercida não só por entidades taxativamente elencadas na lei, como seja levada a cabo de forma funcionalmente irrepreensível por parte

⁶⁹ Pese embora a manutenção da tipificação do tipo legal de crime de usura para jogo (art.º 13.º da Lei n.º 8/96/M) no ordenamento jurídico da Região Administrativa Especial de Macau. Esta proibição legal mantém-se, contudo, em vigor somente para os casos em que a concessão de crédito para jogo não é realizado de acordo com a liturgia prevista no Regime Jurídico de Concessão de Crédito para Jogo ou Aposta em casino (Lei n.º 5/2004, de 14 de Junho); neste sentido, Hugo Luz dos Santos/José Miguel Figueiredo, *Regime Jurídico de Concessão de Crédito para Jogo ou para Aposta em Casino – Anotado e Comentado (Lei N.º 5/2004)*, Macau, China, Centro de Formação Jurídica e Judiciária/Universidade de Macau, 2018, *passim*.

das concessionárias, sub-concessionárias, sociedades gestoras de concessionárias de jogo e promotores de jogo (*requisito objetivo*).

Portugal poderia inspirar-se no funcional regime jurídico de concessão de crédito para jogo ou aposta em casino vigente no ordenamento jurídico da Região Administrativa Especial de Macau. Escapa à economia e às finalidades do presente artigo a exposição detalhada das inúmeras (e candentes) questões jurídicas que se colocam em torno do regime jurídico da concessão de crédito para jogo ou aposta em casino⁷⁰. Destacamos, contudo, o tratamento jurídico da questão dos «*casino markers*» (verdadeiros títulos de crédito para jogo ou aposta com função de garantia) à luz do regime jurídico de concessão de crédito para jogo ou para aposta em casino, pela sua alta aplicabilidade prática no quotidiano dos casinos de todo o mundo. É o que faremos de seguida.

«No ordenamento jurídico da Região Administrativa Especial de Macau, o crédito para jogo não dispõe normalmente de garantias especiais, mas é invariável a sua documentação através de título executivo. Deste modo, à luz do regime jurídico do crédito para jogo, é possível que o crédito para jogo seja representado por um *título de crédito*, que pode ser emitido ao portador»⁷¹ (art.º 2.º, n.º 4, da Lei n.º 5/2004, de 14 de Junho) – o que se justifica pelo facto de o Código Comercial de Macau permitir a emissão de títulos de crédito não especialmente regulados pela lei, reconhecendo a liberdade de criação e emissão de qualquer tipo de título de crédito (art.º 1064.º)⁷².

Existindo uma liberdade de criação e emissão de quaisquer títulos de crédito, prevista, como vimos, pelo art.º 1064.º, do Código Comercial

⁷⁰ Para mais desenvolvimentos, Hugo Luz dos Santos/José Miguel Figueiredo, *Regime Jurídico de Concessão de Crédito para Jogo ou para Aposta em Casino – Anotado e Comentado (Lei N.º 5/2004)*, Macau, China, Centro de Formação Jurídica e Judiciária/ Universidade de Macau, 2018, *passim*, Hugo Luz dos Santos, “A propósito do contrato de jogo e aposta e do crédito para jogo no Direito do Jogo Lusófono”, in: *Scientia Iuridica, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, 2018, *passim*, que seguiremos de muito perto.

⁷¹ Tem sido acenada pela doutrina a possibilidade de utilização dos denominados «*markers*», de inspiração norte-americana, nos casinos de Macau; Lionel Sawyer *et alii*, *Nevada Gaming Law*, 4th edition, Las Vegas and Reno, (2002), pp. 268-277; Ver Jorge Godinho, “Crédito para jogo em Casino”, *cit.*, p. 94, nota 34. A questão, apesar de enunciada, não foi tratada doutrinariamente por nenhum dos autores.

⁷² Jorge Godinho, “Crédito para jogo em Casino”, *cit.*, p. 94.

de Macau, a questão que se coloca é a de saber se é isso possível, de novo com base no princípio da liberdade contratual (art.º 399.º, n.º 1, do Código Civil de Macau) e no princípio da autonomia privada (art.º 399.º, n.º 2, do Código Civil de Macau), e, na afirmativa, qual o seu regime jurídico: é aqui se joga a importância dos denominados «*casino markers*»⁷³ que ainda não mereceu, tanto quanto julgamos saber, específico tratamento doutrinário ou jurisprudencial na Região Administrativa Especial de Macau, ou mesmo no espaço lusófono.

Os «*casino markers*» são linhas de crédito (se a relação creditícia for tendencialmente estável e longa) ou um título de crédito (se a relação creditícia for ocasional) que permitem aos «*high rollers*» (grandes apostadores ou jogadores) ter acesso quase imediato a largas quantias de dinheiro para jogar ou apostar nos casinos.

Aqueles que pretendam a emissão de «*casino markers*» fazem-no, normalmente, através do «*casino credit department*» em sede do qual é examinado, objectivamente, o perfil de risco financeiro do «*casino patron*» (*patron's final worthiness*) e, subjectivamente, a sua capacidade financeira de reembolsar o capital inscrito no título de crédito emitido pelo casino⁷⁴.

Os «*casino markers*» têm uma duração temporal relativamente reduzida (*short-term*) e não implicam, caso o reembolso seja imediato, o pagamento de juros (*interest-free loans*).

Todavia, a imediatez na concessão de crédito para jogo através dos «*casino markers*» tem uma consequência financeira também imediata: «coloca pressão» sobre os «*high rollers*» na medida em que o reembolso (*repayment*) do título de crédito terá de ser muito expedito, sob pena de o «*high roller*» («grande jogador») pagar elevados juros moratórios (*high interest fees*) e de, em certas jurisdições de jogo norte-americanas (como *Las Vegas* e *Atlantic City*), incorrer em responsabilidade penal⁷⁵.

A emissão dos «*casino markers*» traz consigo grandes vantagens práticas: por um lado, permite o acesso dos «*casino patrons*» a avultadas somas de dinheiro através de uma linha de crédito sem juros (*line of interest-*

⁷³ Para uma análise da figura, com muito interesse, Tom de Martini, *What is a Casino Marker?*, (2017), pp. 1-2, que seguiremos de muito perto em certos pontos.

⁷⁴ Tom de Martini, *What is a Casino Marker?*, cit., pp. 1-2.

⁷⁵ Tom de Martini, *What is a Casino Marker?*, cit., pp. 1-2.

-free credit), uma vez que estes jogadores preferem, na prática, solicitar a emissão de um «casino marker» do que levar elevadas quantias monetárias para os casinos; por outro lado, a emissão dos referidos «casino markers» é particularmente vantajosa para os «high rollers» da China Continental, em virtude das regras muito restritivas quanto ao montante máximo de capitais com os quais aqueles podem entrar em Macau.

Na prática corrente dos casinos dos Estados Unidos da América, os «casino patrons» (sinónimo de «high rollers») recorrem à emissão dos «casino markers» para evitar pagar avultadas quantias emergentes do «credit card cash advances», na medida em que o reembolso do quantia monetária inscrita no título de crédito só se vencerá, normalmente, no período temporal compreendido entre 15 a 30 dias consoante o valor total do título de crédito e a política de crédito do casino (*casino's credit policy*)⁷⁶.

Quando exista uma relação creditícia de confiança e de estabilidade entre o casino e «high rollers», os «casino markers» poderão ter uma inscrição inicial de \$ 800 e que pode ser sucessivamente renovada e aumentada «at the casino's discretion»⁷⁷.

Quanto ao procedimento interno de emissão dos «casino markers», o mesmo segue os seguintes trâmites: os «high rollers» que pretendam a sua emissão devem preencher um formulário em sede do qual será fornecida informação bancária e financeira que é depois encaminhada para o departamento de concessão de crédito para efeitos de averiguação do perfil bancário e financeiro do proponente⁷⁸.

O pedido pode ser feito no sítio informático do casino ou mesmo por correio electrónico, com uma antecedência de 15 dias relativamente à sua visita ao casino. O departamento de concessão de crédito do casino avaliará o perfil de risco financeiro do «high roller» e a sua capacidade financeira para reembolsar o montante inscrito no título de crédito e, em caso de avaliação positiva em todos os parâmetros de risco financeiro, aprova a emissão da linha de crédito.

Uma vez aprovada a emissão do «casino marker», o «high roller» transmite os funcionários do casino (o «croupier», «casino table dealer» ou ao «floor manager») a sua intenção de usar a linha de crédito, normalmente

⁷⁶ Tom de Martini, *What is a Casino Marker?*, cit., pp. 1-2.

⁷⁷ Tom de Martini, *What is a Casino Marker?*, cit., pp. 1-2.

⁷⁸ Tom de Martini, *What is a Casino Marker?*, cit., pp. 1-2.

quando se senta na mesa de jogo («*table game*») para iniciar a sua jornada lúdica.

Seguidamente, aqueles funcionários transmitem essa informação ao «*pit boss*», ou, mais modernamente, o «*casino team leader services*», que verificará informaticamente (normalmente através do «*players club card*») a existência (ou não) de aprovação prévia do «casino marker»; na afirmativa, procede ao preenchimento do formulário de utilização do «casino marker», que é assinado pelo «high roller», sendo-lhe concedido o equivalente do montante inscrito no «casino marker» em fichas de jogos de fortuna e azar («*credit in chips*»), respeitando-se, assim, o disposto no art.º 2.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2004.

Após a emissão do «casino marker» é dado um recibo ao «*casino patron*», que documenta quer a concessão de crédito para jogo, quer o exacto montante concedido em fichas de jogo de fortuna ou azar⁷⁹.

Rezam as regras costumeiras, que o «casino patron», antes de sair do casino, liquida totalmente o montante inscrito no título de crédito («*buy back the marker*») sempre que tenha «*beat the house advantage*» e que isso lhe tenha proporcionado uma «*winning session*»⁸⁰.

Do ponto de vista do «direito comercial do jogo», o «casino marker» é um título de crédito, que «pode» ser emitido ao portador, e que emerge da liberdade de criação e emissão de quaisquer títulos de crédito, prevista no art.º 1064.º, do Código Comercial de Macau, no princípio da liberdade contratual (art.º 399.º, n.º 1, do Código Civil de Macau) e no princípio da autonomia privada (art.º 399.º, n.º 2, do Código Civil de Macau).

Qual é o regime jurídico aplicável ao «casino marker»? Importa definir primeiro em que consiste um título de crédito.

Os títulos de crédito são documentos necessários para exercitar os direitos literais (quanto ao exacto montante inscrito no mesmo) neles mencionados⁸¹. Por conseguinte, o «casino marker», como título de crédito,

⁷⁹ Tom de Martini, *What is a Casino Marker?*, cit., pp. 1-2.

⁸⁰ Tom de Martini, *What is a Casino Marker?*, cit., pp. 1-2, que vimos seguindo de muito perto.

⁸¹ Ver a noção clássica de autorizada doutrina italiana, Cesare Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, Vol. III, Milano, Dott. Fr. Vallardi, (1924), p. 123; esta definição foi se-

é, por um lado, um documento destinado à «circulação»⁸², e, por outro lado, é um documento que incorpora direitos patrimoniais privados⁸³, de tal forma que, para o seu exercício, é necessária a posse do próprio documento (título de crédito). O «casino marker», como título de crédito, é, no essencial, um documento referente a direitos patrimoniais, em relação aos quais a disposição do direito incorporado é alcançada através da entrega do próprio documento.

Assim, a «circulabilidade», à semelhança do que acontece com as características jurídicas da literalidade ou da abstracção, é um elemento intrínseco dos títulos de crédito (e, portanto, dos «casino markers»), que se funda em dados empíricos e numa interpretação histórica que atribui aos títulos de crédito uma função de circulação expedita e desformalizada do crédito⁸⁴ e uma função de «legitimação substantiva»⁸⁵ de quem as possui.

A «circulabilidade», enquanto característica do «casino marker» e dos títulos de crédito ao portador, assenta na versatilidade do comércio jurídico de concessão de crédito para jogo e, porque não dizê-lo, no engenho dos intervenientes activos na indústria do jogo, na medida em que se

guida, na doutrina portuguesa, por Alexandre de Soveral Martins, *Título de crédito de valores mobiliários*, Parte I: *Títulos de crédito*, Vol. I: I. *Dos títulos de crédito em geral*; II. *A letra*, Coimbra, Almedina, (2012), pp. 17 e ss; Paulo Olavo Cunha, *Cheque e convenção de cheque: acerca da preponderância da subscrição cambiária sobre a relação contratual existente entre o banqueiro e o seu cliente*, dissertação de doutoramento, Coimbra, Almedina, (2009), p. 188.

⁸² Alexandre Soveral Martins, *Título de crédito de valores mobiliários*, Parte I: *Títulos de crédito*, Vol. I: I. *Dos títulos de crédito em geral*; II. *A letra*, p. 18; Paulo Olavo Cunha, *Cheque e convenção de cheque: acerca da preponderância da subscrição cambiária sobre a relação contratual existente entre o banqueiro e o seu cliente*, cit., p. 18; Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito Comercial*, Coimbra, Almedina, (2011), pp. 301-302.

⁸³ Na doutrina alemã, Alfred Hueck/Claus-Wilhelm Canaris, *Recht der Wertpapiere*, 12. Auflage, München, Beck, (1986), p. 1.

⁸⁴ Neste sentido, António Barreto Menezes Cordeiro, “A circulabilidade enquanto característica e função dos títulos de crédito”, in: *Revista “O Direito”*, Ano 147.º (2015), I, Coimbra, Almedina, Director: Jorge Miranda, (2015), p. 208.

⁸⁵ Aqui seguimos a doutrina alemã da «legitimação substantiva do portador do título de crédito», Mathias Habersack, *eine Einführung in die §§ 793-808, Münchener Kommentar BGB*, V, 6. Auflage, München, Beck, (2013), Rn. 1-2; no mesmo sentido, Mathias Lehmann, *Finanzinstrumente: Vom Wertpapier – und Sachenrecht zum Recht der unkörperlichen Vermögensgegenstände*, Tübingen, Mohr Siebeck, (2009), pp. 12-13.

destina, por um lado, a contornar a cobrança de juros moratórios e, por outro lado, a agilizar e a flexibilizar a concessão de crédito para jogo.

Por conseguinte, a «circulabilidade» e a «maleabilidade funcional» dos «casino markers» e dos títulos de títulos de crédito ao portador, quanto à sua função, vão muito mais além do que o mero propósito de circulação de moeda, surgindo como mais um mecanismo ágil, relativamente desformalizado, e flexível que o comércio jurídico da indústria do jogo encontra à sua disposição. Quanto ao *momento de vencimento do «casino marker»*, ele depende da «dupla discricionariedade» do casino: por um lado, essa discricionariedade dirige-se, em primeiro lugar, à exacta quantia monetária concedida através de fichas de jogos de fortuna ou azar; por outro lado, essa discricionariedade dirige-se, em segundo lugar, à data de vencimento da quantia monetária inscrita no título de crédito.

Quanto ao *momento da exigibilidade do «casino marker»* importa precisar o seguinte: se o «casino marker» não for «comprado de volta» pelo «*high roller*» (pagando a totalidade do montante inscrito no título de crédito ao portador e «recebendo de volta» o «casino marker», que ficará, após a emissão de um recibo de quitação, na sua esfera de disponibilidade jurídica), o mesmo será encaminhado no fim do expediente («*end of the shift or with the regular drop*»), e ainda numa fase embrionária, para o «*cashier's office*» que guardará o «casino marker» até ao momento do vencimento deste título de crédito ao portador.

Após o vencimento da obrigação inscrita no título de crédito, inicia-se, logo a seguir, a fase de exigibilidade da mesma (uma vez que, sendo uma «*obrigação pura e simples*», não depende de interpelação admonitória do credor), e é nesse momento que o «*cashier's office*» deposita o «casino marker» no banco ou, subsidiariamente, acciona a autorização prévia de débito directo na conta bancária do «*high roller*» que, se não tiver provisão de fundos, motivará a execução para pagamento de quantia certa, na medida em que o «casino marker» configura, igualmente, um título executivo.

O título de crédito ao portador e o «casino marker» desempenham, portanto, uma dupla função: por um lado, a função de documentar quantitativamente a concessão de crédito para jogo e, por outro lado, a função de documentar a prestação de uma garantia de pagamento desse crédito para jogo, portanto, um título executivo.

Quanto às denominadas «linhas de crédito» («*lines of credit*»), são ineludíveis as semelhanças com o regime jurídico da «letra em branco», principalmente nos casos em que o concedente de crédito vai renovando e aumentando sucessivamente os montantes a incluir aquando da liquidação final do título de crédito ao portador (documento que incorpora direitos patrimoniais) que, em caso de incumprimento, poderá servir de garantia de pagamento da obrigação pecuniária. Por outro lado, as «linhas de crédito» atenta a «indeterminabilidade da quantia monetária devida» (que se vai formando ao longo da relação jurídica entre o casino e o «high roller») comportam duas fases não necessariamente sucessivas: «a fase genética» e a «fase executiva ou funcional».

A «fase genética» traduz-se na existência de um título de crédito ao portador incompleto no momento de ser passado. A «fase genética», de formação quantitativa do crédito para jogo, supõe, normalmente, uma *relação fundamental duradoura* de concessão de crédito para jogo entre o concedente de crédito e o «high roller», que comporta «um direito de crédito ainda não inteiramente definido»⁸⁶ (porque falta determinar o

⁸⁶ Neste sentido, referindo-se expressamente “às relações jurídicas de financiamento duradouras”, Carolina Cunha, *Letras e Livranças. Paradigmas actuais e Recompreensão de um Regime*, dissertação de doutoramento, Coimbra, Almedina, (2012), pp. 597 e ss; Filipe Cassiano Dos Santos, “Aval, livrança em branco e denúncia ou resolução de vinculação: anotação ao AUJ do STJ de 11-12-2012”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ)*, 142 (2013), pp. 300-312, 312-346, 318 ss; Carolina Cunha, “Cessão de quotas e aval: equívocos de uma uniformização de jurisprudência: equívocos de uma uniformização de jurisprudência”, in: *Direito das Sociedades em Revista (DSR)*, n.º 9 (2013), pp. 91-114, 92 ss; Januário da Costa Gomes, “O (in) sustentável peso do aval em branco prestado por sócio para garantia de crédito bancário *revolving*”, in: *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, N.º 43, (2013), pp. 15-32, 32-47, 34 e ss; Carolina Cunha, “Pluralidade de avalistas e o direito de regresso – Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 7/2012, de 5.6.2012, Revista 2493/05”, in: *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 40, (2012), 41-55; Pedro Pais de Vasconcelos, “Pluralidade de avales por um mesmo avalizado e «regresso» do avalista que pagou sobre aqueles que não pagaram”, in: *Nos 20 anos do CSC, Homenagem aos Professores Doutores António Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Volume III, Coimbra, Coimbra Editora, (2007), pp. 947-978; Pedro Pais de Vasconcelos, “Aval de sócios de sociedades comerciais”, in: *Direito das Sociedades em Revista (DSR)*, n.º 11, (2014), pp. 13-34. A doutrina tem referido, igualmente, que a função de garantia dos títulos de crédito, na medida em que «estes encontram-se tipicamente associadas a contratos de concessão de crédito (como o crédito para jogo ou aposta em casino na Região Administrativa Especial de Macau, e, no âmbito desta, os “casino markers”, acrescimento nosso) ou de

respectivo montante, ou porque se aguarda o seu vencimento), ou no seio da qual se prevê como apenas eventual a constituição de um direito de crédito⁸⁷.

Por conseguinte, a «fase genética» das linhas de crédito para jogo coincide, sobretudo, com o desenvolvimento de relações duradouras com prestações pecuniárias como expediente para fazer face ao espectro do incumprimento⁸⁸. A «fase genética» durará enquanto o concedente de crédito para jogo for aumentando o «*plafond*» do título de crédito ao portador («*casino marker*») e, por conseguinte, enquanto a dívida do concedido («*high roller*») se mantiver *ilíquida, futura e incerta*. Ou seja, determinante do recurso ao título de crédito em branco é tanto *o carácter ilíquido da dívida* como o seu *carácter futuro e incerto*.

A este respeito, é comum dizer-se que o título de crédito em branco consubstancia, em suma, uma «garantia de responsabilidades futuras e ilíquidas»⁸⁹. Em reforço da nossa tese, aponta-se como exemplos recorrentes, o recurso a títulos de crédito em branco para *garantia* de dívidas emergentes de contratos de abertura de crédito que os bancos celebram com os seus clientes empresariais; como garantia de contratos de locação financeira, de contratos de crédito ao consumo, de mútuos ou mesmo de contra-garantia de uma garantia autónoma⁹⁰.

risco e cumprem em geral uma função de garantia e melhoria da posição processual do financiador», Evaristo Mendes, “Letra de Câmbio e Direito Comercial centrado na empresa. O legado de Paulo Sendin”, in: *Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo M. Sendin*, Lisboa, Universidade Católica Editora, (2012), pp. 13-70, p. 19.

⁸⁷ Neste sentido, Carolina Cunha, *Manual das Letras e Livranças*, Coimbra, Almedina, (2016), p. 166. Um outro sector da doutrina dá como exemplo a subscrição de títulos de crédito em branco (livranças em branco), por “comerciantes lojistas” no âmbito de contratos de financiamento com “armazenistas” – nesta situação, o valor-saldo do contrato só se fixará no seu termo e em função dos fornecimentos e pagamentos feitos; neste sentido, Conde Rodrigues, *A letra em branco*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (AAF DL), Lisboa, (1989), p. 24.

⁸⁸ Carolina Cunha, *Manual das Letras e Livranças*, cit., p. 166.

⁸⁹ Gonsalves Dias, *Da Letra e da Livrança. Segundo a Lei Uniforme e o Código Comercial*, Vol. IV, Coimbra, Livraria de António Gonsalves, (1942), pp. 367-368; em sentido concordante, Carolina Cunha, *Manual das Letras e Livranças*, cit., p. 166.

⁹⁰ Carolina Cunha, *Letras e Livranças. Paradigmas actuais e Recompreensão de um Regime*, cit., pp. 556-558.

É, pois, evidente a omnipresença de dois factores no recurso à subscrição dos títulos de crédito ao portador em branco, no âmbito das linhas de crédito para jogo: a *incerteza*, derivada do carácter eventual e quantitativamente indeterminado da responsabilidade cambiária do concedido («*high roller*»); e a *garantia* que para o concedente de crédito para jogo representa a posse do título de crédito ao portador em branco.

Por seu turno, o relevo prático da *função de garantia* coincide, normalmente, com o fim da «fase genética» e o com o início da «fase executiva ou funcional», que surge directamente associada (e condicionada) ao incumprimento do concedido, após o vencimento e liquidação quantitativa dos montantes inscritos nas linhas de crédito. Pode, no entanto, não ser esse o caso. Basta que, para o efeito, o concedido pague integralmente os montantes que, de forma contínua e sucessiva, foram sendo inscritos pelo concedente de crédito nas linhas de crédito: a obrigação tornou-se líquida mas não deu origem ao incumprimento do concedido porque o mesmo «resgatou integralmente a dívida» e «recebeu de volta» os títulos de crédito ao portador que documentavam a mesma. Neste caso, o fim da «fase genética» não origina, por inutilidade superveniente, o início da «fase executiva ou funcional».

Por conseguinte, a «fase executiva ou funcional» só se iniciará verdadeiramente com a ocorrência do incumprimento do concedido (quando – e se – este não pagar, na data do vencimento, os montantes inscritos nas «linhas de crédito»), que é o factor que tipicamente desencadeia o accionamento do título de crédito e título executivo. É neste momento que a função de garantia associada ao título de crédito ao portador «completo» (que já deixou de ser «em branco», porque o título de crédito já está «completo» e «quantitativamente determinado») se interliga com a «fase executiva ou funcional».

Com efeito, a função de garantia associada ao título de crédito ao portador «completo» abre caminho para a plenitude da «fase executiva ou funcional», na medida em que configura uma «garantia» no sentido amplo de reforço ou segurança da posição creditória do concedente de crédito para jogo: não só pelo acesso imediato que faculta à *via executiva* (prerrogativa comum a qualquer título de crédito) mas sobretudo porque proporciona ao credor a «a segurança de ficar desde logo com o título em seu poder»⁹¹.

⁹¹ Carolina Cunha, *Letras e Livranças. Paradigmas actuais e Recompreensão de um Regime*, cit., pp. 533 e ss.

Chegado o momento do incumprimento do concedido⁹², o concedente de crédito poderá completar o preenchimento dos títulos de crédito em branco («*linhas de crédito*») segundo o convencionado contratualmente no «pacto de preenchimento» (geralmente apostos nos formulários de requisição das linhas de crédito), «sem dependência de qualquer nova manifestação de vontade do devedor»⁹³.

A questão que se pode colocar na prática quotidiana tem que ver com a eventual «violação do pacto de preenchimento», sempre que este implique um «preenchimento abusivo» por parte do concedente de crédito. Acompanhamos a doutrina mais recente, quando, a este respeito, afirma que importa fazer uma distinção. Quem tem o poder para configurar ou conformar o título de crédito é o subscritor (emitente). Ficando o *documento de título de crédito incompleto*, é este, portanto, que confere

⁹² Esta é uma precisão importante, na medida em que a subscrição e entrega do «*título de crédito em branco*» («*casino marker*») não constitui, por si só, uma vinculação cambiária; representa (metaforicamente) o seu simples “embrião”. Dá corpo à primeira etapa de uma *fattispecie* complexa que só quando se possam dizer reunidos todos os elementos desembocará na criação de uma verdadeira obrigação cartular. E não podemos esquecer a possibilidade de a *fattispecie* que nunca chegar a ser *completada*, caso em que a obrigação cambiária *nunca* poderá se dizer constituída. As partes (o concedente de crédito e o concedido), através do «pacto de preenchimento» que acompanha a entrega do título de crédito em branco ao portador – o concedente de crédito - (“*casino marker*” ou “linhas de crédito”, na distinção que fazemos no texto), condicionam o preenchimento do título à verificação do incumprimento da obrigação do concedido de «comprar de volta» os “casino markers ou as linhas de crédito” - ocorrência que, pelas razões apontadas no texto, se perfila não apenas como *futura*, mas também como meramente *eventual*. Se, por hipótese, o concedido pagar integralmente os montantes inscritos nas linhas de crédito ou, singularmente, no “casino marker”, a vinculação cambiária não chega a existir porque o negócio jurídico bilateral foi pontualmente cumprido e a “*vinculação cambiária futura e eventual*” do concedido extinguir-se-á satisfatoriamente, procedendo o concedente de crédito à destruição do título ou à sua devolução ao concedido, não fazendo, pois, qualquer sentido sustentar que o concedido de crédito permaneceu cambiariamente obrigado durante todo aquele tempo; neste exacto sentido, Carolina Cunha, “Aval e plano de insolvência”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ)*, Ano 145.º, N.º 3997, Março-Abril de 2016, Director: António Pinto Monteiro, Coimbra, Coimbra Editora, (2016), p. 208; A doutrina italiana fala, a este respeito, na *fattispecie* cartular em vias de formação; neste sentido, Federico Martorano, *Titoli di crédito (Titoli non dematerializzati)*, in: *Tratato di Diritto Civile e Commerciale*, A. Cicu/F. Messineo/L. Mengoni/P. Schlesinger (Org.), Milano, Giuffrè, (2002), pp. 360 e ss.

⁹³ Carolina Cunha, *Manual das Letras e Livranças*, cit., p. 167.

ao portador (concedente de crédito para jogo) o poder jurídico de o completar com o elemento em falta (o montante exacto emergente da com-formação sucessiva e contínua das «linhas de crédito»)⁹⁴.

Isto quer dizer duas coisas. *Primeira*: o *pacto de preenchimento*, em sentido próprio, é apenas aquele que é celebrado entre o subscritor-emissor (concedido) e o tomador/portador (concedente de crédito) a quem o título de crédito em branco (singularmente, um «casino marker»; pluralmente, «casino markers», ou até «linhas de crédito», se a relação fundamental for duradoura) é entregue. *Segunda*. Tal pacto de preenchimento «não é um mero acordo extracambiário», gerador de simples excepções pessoais oponíveis entre os seus subscritores ou partes no mesmo. Com efeito, é através dele que o portador recebe do subscritor-emissor o poder jurídico de fazer nascer o «título de crédito completo» como tal⁹⁵, bem como as obrigações pecuniárias nele inscrito⁹⁶.

Logo, o pacto de preenchimento é um acordo que atribui ao portador o poder de conformar o próprio título e define os limites do exercício desse poder. Com uma ulterior consequência: o portador autorizado configura o título com eficácia face a todos os subscritores, incluindo os avalistas (caso existam); e, como reverso da medalha, a violação do pacto de preenchimento pelo concedente de crédito faz nascer uma excepção relativa ao próprio título de crédito, isto é, oponível, *por qualquer subscritor do título de crédito*, incluindo os avalistas, ao portador que é parte desse acordo e a qualquer portador subsequente (se cartularmente legitimado)⁹⁷. No âmbito da violação do pacto de preenchimento (abusivo)

⁹⁴ Neste sentido, Evaristo Mendes, “Aval prestado por sócios de sociedades por quotas e anónimas e perda da qualidade de sócio. Apontamento”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano VII (2015), *Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP)*, Números 3/4, Coimbra, Almedina, (2016), p. 599.

⁹⁵ Por essa razão, a doutrina afirma que «a subscrição e entrega do título em branco representam metaforicamente, o “embrião” da vinculação cambiária, isto é, constituem a primeira etapa de uma *fattispecie* complexa que, uma vez reunidos todos os elementos, desembocará na constituição da obrigação cambiária», Carolina Cunha, *Letras e Livranças. Paradigmas actuais e Recompreensão de um Regime*, cit., p. 637; no mesmo sentido, Januário da Costa Gomes, “O (in) sustentável peso do aval em branco prestado por sócio para garantia de crédito bancário *revolving*”, cit., p. 37.

⁹⁶ Evaristo Mendes, “Aval prestado por sócios de sociedades por quotas e anónimas e perda da qualidade de sócio. Apontamento”, cit., 599.

⁹⁷ Evaristo Mendes, “Aval prestado por sócios de sociedades por quotas e anónimas e perda da qualidade de sócio. Apontamento”, cit., 599.

por parte do concedente de crédito, sobre quem recai o ónus da prova desse preenchimento abusivo? Sobre o concedente de crédito? Ou sobre o concedido? Quem voluntariamente emite o título de crédito incompleto suporta o risco inerente a essa actuação – o risco da inserção de um conteúdo não coincidente com a sua vontade – a menos que se vislumbre uma «conduta dolosa» ou com «culpa grave» por parte do concedente de crédito, susceptível de consubstanciar um juízo de censura ético-jurídica, caso em que fica aberto o recurso ao mecanismo geral do abuso do direito (art.º 334.º, do Código Civil, art.º 326.º, do Código Civil de Macau)⁹⁸.

⁹⁸ A parte que abusa do direito actua a coberto de um poder legal, formal, visando resultados que, clamorosamente, violam os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes, ou pelo fim económico ou social do direito (art.º 326.º, do Código Civil de Macau). Como bem afirma, a este respeito, o Professor Baptista Machado, “dentro da comunidade das pessoas responsáveis (ou imputáveis), a toda a conduta (conduta significativa, comunicativa) é inerente uma “responsabilidade” – no sentido de um “responder” pelas pretensões de verdade, de rectitude ou de autenticidade inerentes à mensagem que essa conduta transmite. Desta “autovinculação” inerente à nossa conduta comunicativa derivam ao mesmo tempo regras de conduta básicas, também postuladas pelas exigências elementares de uma ordem de convivência e de interacção, que o próprio direito não pode deixar de tutelar, já que sem a sua observância nem essa ordem de convivência nem o direito seriam possíveis. Do exposto, podemos também concluir que o princípio da confiança é um princípio ético-jurídico fundamentalíssimo e que a ordem jurídica não pode deixar de tutelar a confiança legítima baseada na conduta de outrem. Porquanto, o abuso do direito apresenta-se, afinal, como uma constelação de situações típicas em que o Direito, por exigência do sistema, entende deter uma actuação que, em princípio, se apresentaria como legítima. O que significa que, devidamente usado, ele opera como um instrumento adequado para a realização do Direito. Mais. Ele (o abuso do direito, *ergo*, a boa fé) configura um *juízo de validade*. Um juízo de compatibilidade entre a norma privada e o sistema jurídico em que ela visa integrar-se. Está em causa uma relação comunicante entre a norma convencional e as normas do ordenamento geral da colectividade de Portugal e da Região Administrativa Especial de Macau que delimitam imperativamente a esfera da auto-regulação de interesses. Neste quadro conceptual, a boa-fé é verdadeiramente “a juridificação da moral da interacção” sendo essa (a boa fé) uma exigência nuclear do sistema jurídico. Neste sentido, Hugo Luz dos Santos, “O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas, O Direito à Historicidade Pessoal, e a Lei N.º 14/2009, de 1 de Abril, à luz do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15 de Maio de 2014: “Show me the money”?”, in: *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 11, n.º 21-22 (2014), *Instituto Iuridico*, Director: Guilherme de Oliveira, (2016), pp. 2-34; na doutrina alemã, Günther Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt a. M., (1989), p. 145; António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, II, Tomo III, Coimbra, Almedina, (2010), pp. 109 e ss; mais recentemente, sobre a expansão da cláu-

sula do abuso do direito a outros domínios jurídicos, Hugo Luz dos Santos, “A Verdade Biológica, o Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas e o Direito à Historicidade Pessoal à luz dos art.º 1656.º, 1677.º, e 1722.º do Código Civil de Macau: crónica de (3) três disposições legais modelares e avançadas”, in: *Revista de Administração Pública de Macau*, N.º 111, vol. XXIX, 2016-1.º, (2017), 153-167; Pedro Rui Lopes Dos Santos, “Das consequências do abuso do direito”, in: *Revista de Direito Civil (RDC)*, Ano I, N.º 0, (2016), Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP), Director: António Menezes Cordeiro, Coimbra, Almedina, (2016), pp. 199-241; Lourenço Leiria de Mendonça Noronha dos Santos, “A posição jurídica do prejudicado no abuso do direito”, in: *Revista de Direito Civil (RDC)*, Ano I, N.º 1, (2016), Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP), Director: António Menezes Cordeiro, Coimbra, Almedina, (2016), pp. 206-248; Paulo Mota Pinto, “Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum*) no Direito civil”, in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (BFDUC)*, Volume Comemorativo, Coimbra, Coimbra Editora, (2003), pp. 269-322. Lourenço Leiria De Mendonça Noronha Dos Santos, “A posição jurídica do prejudicado no abuso do direito”, (Conclusão), in: *Revista de Direito Civil (RDC)*, Ano I, N.º 2, (2016), Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP), Director: António Menezes Cordeiro, Coimbra, Almedina, (2016), pp. 377-418; Manuel Carneiro da Frada, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Tese de Doutoramento, Colecção Teses, Coimbra, Almedina, (2004), pp.411 e ss. Neste sentido, João Baptista Machado, «*Tutela da confiança e “venire contra factum proprium”*», in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 119, Coimbra, Coimbra Editora, (1985) p. 232. Neste sentido, António Menezes Cordeiro, «*Eficácia externa dos créditos e abuso de direito*», in: *Revista O Direito*, Ano 141.º, I, Director: Inocêncio Galvão Telles, Coimbra, Almedina, (2009), p. 83. No mesmo sentido, António Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Tese de Doutoramento, Colecção Teses, Coimbra, Almedina, 4.ª reimpressão da 1.ª edição de 1990, (2007), p.745 e ss; Paulo Margalho, “O abuso do direito no Direito tributário – Dois pesos e duas medidas? A caminhada pelo deserto doutrinário”, in: *Revista de Direito Civil (RDC)*, Ano I, N.º 3, (2016), Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP), Director: António Menezes Cordeiro, Coimbra, Almedina, (2016), pp. 745-783. No mesmo sentido, ainda que no âmbito temático do *venire contra factum proprium*, na doutrina alemã, Josef Wieling, *Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst*, AcP, 176, (1976), pp. 343 e ss. O nosso raciocínio é facilmente compreensível à luz da proibição do *exercício do direito para prejudicar outrem* (proibição de chicana), Rudolf Von Jhering, *Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nachbarn*, JhJb 6 (1861), pp. 103-104. Esta *proibição de chicana* foi amplamente discutida na reforma do BGB de 2001/2002, no § 226, na doutrina alemã, Karl Larenz/Manfred Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. Auflage, (2004), § 16; Luís Filipe Silva, “Oponibilidade do abuso de direito à Administração Pública, sob a perspectiva comparativa entre os ordenamentos jurídicos português e brasileiro”, in: *Revista de Direito Civil (RDC)*, Ano I, N.º 2, (2016), Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP), Director: António Menezes Cordeiro, Coimbra, Almedina, (2016), pp. 497-524; Geovana Mendes Baía

O portador (concedente de crédito) limitar-se-á a (pretender) exercer o direito tal como está documentado no título de crédito ao portador, ou seja, no «casino marker» ou nos títulos de crédito que documentam os montantes inscritos nas «linhas de crédito». Por conseguinte, o ónus da prova recai sobre o «subscritor em branco» (o concedido). É ele quem terá de provar, desde logo, que o «casino marker» ou os títulos de crédito que documentam os montantes inscritos nas «linhas de crédito» foram preenchidos «contrariamente à vontade por si manifestada» aquando da subscrição dos mesmos e depois, para que essa desconformidade seja «motivo de oposição ao portador», terá igualmente de provar que o portador adquiriu e preencheu os referidos títulos de crédito de «má-fé» cometendo uma «falta grave»⁹⁹ (art.º 1143.º, do Código Comercial de Macau, por «*analogia legis*»).

Não será de excluir, quer no âmbito do «casino marker», quer no âmbito das «linhas de crédito», a aplicação directa ou por analogia, do disposto no art.º 1072.º, do Código Comercial de Macau, que preceitua que o devedor apenas pode opor ao portador do título as excepções de falta de capacidade ou de representação na data da emissão, de falsidade da sua assinatura, de coacção física, de falta de forma, as que resultem do conteúdo literal do título, as que são pessoais ao portador ou as de falta das condições necessárias para o exercício da acção.

Moisés, “O abuso de direito como via de tutela de terceiros nos negócios celebrados por procuração tolerada no âmbito do Direito civil português”, in: *Revista de Direito Civil (RDC)*, Ano I, N.º 4, (2016), Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP), Director: António Menezes Cordeiro, Coimbra, Almedina, (2017), pp. 1007-1031.

⁹⁹ CAROLINA CUNHA, *Manual das Letras e Livranças*, cit., p. 180.

