

ANÁLISE SOBRE A TIPIFICAÇÃO DOS JOGOS DE AZAR:

contradição da lei com a realidade social e os princípios do direito penal

Raquel Melina Rêgo Sousa



AYA EDITORA
2022

Direção Editorial

Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares

Autora

Raquel Melina Rêgo Sousa

Capa

AYA Editora

Revisão

A Autora

Executiva de Negócios

Ana Lucia Ribeiro Soares

Produção Editorial

AYA Editora

Imagens de Capa

br.freepik.com

Área do Conhecimento

Ciências Sociais Aplicadas

Conselho Editorial

Prof.º Dr. Aknaton Toczec Souza

Centro Universitário Santa Amélia

Prof.ª Dr.ª Andréa Haddad Barbosa

Universidade Estadual de Londrina

Prof.ª Dr.ª Andreia Antunes da Luz

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Argemiro Midonês Bastos

Instituto Federal do Amapá

Prof.º Dr. Carlos López Noriega

Universidade São Judas Tadeu e Lab.

Biomecatrônica - Poli - USP

Prof.º Me. Clécio Danilo Dias da Silva

Centro Universitário FACEX

Prof.ª Dr.ª Daiane Maria De Genaro Chirolí

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Danyelle Andrade Mota

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Déborah Aparecida Souza dos

Reis

Universidade do Estado de Minas Gerais

Prof.ª Ma. Denise Pereira

Faculdade Sudoeste – FASU

Prof.ª Dr.ª Eliana Leal Ferreira Hellvig

Universidade Federal do Paraná

Prof.º Dr. Emerson Monteiro dos Santos

Universidade Federal do Amapá

Prof.º Dr. Fabio José Antonio da Silva

Universidade Estadual de Londrina

Prof.º Dr. Gilberto Zammar

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Helenadja Santos Mota

Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia

Baiano, IF Baiano - Campus Valença

Prof.ª Dr.ª Heloísa Thaís Rodrigues de

Souza

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Ingridi Vargas Bortolaso

Universidade de Santa Cruz do Sul

Prof.ª Ma. Jaqueline Fonseca Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Jéssyka Maria Nunes Galvão

Faculdade Santa Helena

Prof.º Dr. João Luiz Kovaleski

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. João Paulo Roberti Junior

Universidade Federal de Roraima

Prof.º Me. Jorge Soistak

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. José Enildo Elias Bezerra

Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia

do Ceará, Campus Ubajara

Prof.º Me. José Henrique de Goes

Centro Universitário Santa Amélia

Prof.ª Dr.ª Karen Fernanda Bortoloti

Universidade Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Leozenir Mendes Betim

Faculdade Sagrada Família e Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.^a Ma. Lucimara Glap

Faculdade Santana

Prof.^o Dr. Luiz Flávio Arreguy Maia-Filho

Universidade Federal Rural de Pernambuco

Prof.^o Me. Luiz Henrique Domingues

Universidade Norte do Paraná

Prof.^o Dr. Milson dos Santos Barbosa

Instituto de Tecnologia e Pesquisa, ITP

Prof.^o Me. Myller Augusto Santos Gomes

Universidade Estadual do Centro-Oeste

Prof.^a Dr.^a Pauline Balabuch

Faculdade Sagrada Família

Prof.^o Me. Pedro Fauth Manhães Miranda

Centro Universitário Santa Amélia

Prof.^o Dr. Rafael da Silva Fernandes

*Universidade Federal Rural da Amazônia, Campus
Pauapebas*

Prof.^a Dr.^a Regina Negri Pagani

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.^o Dr. Ricardo dos Santos Pereira

Instituto Federal do Acre

Prof.^a Ma. Rosângela de França Bail

Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.^o Dr. Rudy de Barros Ahrens

Faculdade Sagrada Família

Prof.^o Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares

Universidade Federal do Piauí

Prof.^a Ma. Silvia Aparecida Medeiros

Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.^a Dr.^a Silvia Gaia

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.^a Dr.^a Sueli de Fátima de Oliveira

Miranda Santos

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.^a Dr.^a Thaisa Rodrigues

Instituto Federal de Santa Catarina

Prof.^o Dr. Valdoir Pedro Wathier

*Fundo Nacional de Desenvolvimento Educacional,
FNDE*

© 2022 - **AYA Editora** - O conteúdo deste Livro foi enviado pela autora para publicação de acesso aberto, sob os termos e condições da Licença de Atribuição *Creative Commons* 4.0 Internacional (**CC BY 4.0**). As ilustrações e demais informações contidas neste Livro, bem como as opiniões nele emitidas são de inteira responsabilidade de sua autora e não representam necessariamente a opinião desta editora.

S7293 Sousa, Raquel Melina Rêgo

Análise sobre a tipificação dos jogos de azar: contradição da lei com a realidade social e os princípios do direito penal [recurso eletrônico]. / Raquel Melina Rêgo Sousa. -- Ponta Grossa: Aya, 2022. 65 p.

Inclui biografia

Inclui índice

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

ISBN: 978-65-5379-051-3

DOI: 10.47573/aya.5379.1.56

1. Jogos de azar. – Brasil. I. Título

CDD: 345.0272

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Bruna Cristina Bonini - CRB 9/1347

**International Scientific Journals Publicações
de Periódicos e Editora EIRELI**

AYA Editora©

CNPJ: 36.140.631/0001-53

Fone: +55 42 3086-3131

E-mail: contato@ayaeditora.com.br

Site: <https://ayaeditora.com.br>

Endereço: Rua João Rabello Coutinho, 557
Ponta Grossa - Paraná - Brasil
84.071-150

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
INTRODUÇÃO	8
FUNÇÃO DO DIREITO PENAL E PRINCÍ- PIOS NORTEADORES.....	11
PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E DA FRAGMENTARIEDADE	14
PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL	15
PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU CRIMINALIDADE DE BAGATELA	16
PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE OU DA LESIVIDADE	19
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	21
PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	22
JOGOS DE AZAR.....	23
EVOLUÇÃO HISTÓRICO-LEGISLATIVA.....	23
DEFINIÇÃO E PREVISÃO LEGAL	25
O Decreto-lei nº 6.259, de 1944 - Serviço de Loterias	29
Decreto-lei nº 204, de 1967.....	32
A Lei nº 9.615, de 1998 – “Lei Pelé”	33
BEM JURÍDICO PROTEGIDO	34
A IMPROPRIEDADE DA TIPIFICAÇÃO DOS JOGOS DE AZAR.....	38
JOGOS DE AZAR COMO PRÁTICA SOCIALMENTE ACEITA E A FUNÇÃO ÉTICO- SOCIAL DO DIREITO PENAL.....	38
AFRONTA AOS DEMAIS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL	44

O ANTEPROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO PENAL: PROPOSTA DE CRIMINALIZAÇÃO DOS JOGOS DE AZAR	47
CRIMES QUE RODEIAM OS JOGOS DE AZAR	50
BENEFÍCIOS DA LEGALIZAÇÃO DOS JOGOS DE AZAR.....	53
CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
REFERÊNCIAS.....	59
SOBRE O AUTOR	62
ÍNDICE REMISSIVO	63

APRESENTAÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo geral confrontar o tipo contravencional dos jogos de azar com os princípios do direito penal (notadamente da lesividade e adequação social). Pretende-se analisar a evolução histórica e legislativa dessa prática, esclarecendo, neste ponto, o motivo pelo qual se decidiu tipificá-la. Através da análise dos princípios que fundamentam a Constituição da República Federativa do Brasil, o Estado democrático de direito e o Direito Penal Mínimo, será discutida a adequação dessa tipificação, levando em consideração, principalmente, a aceitação dos jogos de azar pela sociedade atual e a existência, ou não, de um bem jurídico penal a ser tutelado.

Raquel Melina Rêgo Sousa

INTRODUÇÃO

Tipificados como contravenção penal no artigo 50 do Decreto-lei nº 3.688, de 1941 (Lei de Contravenções Penais – LCP), os jogos de azar, considerados como aqueles que dependem única ou principalmente da sorte, têm sua exploração proibida dentro do território nacional. No entanto, são amplamente explorados pela sociedade brasileira atualmente, inclusive, sem gerar sentimento de reprovação aos demais indivíduos.

É, no mínimo, curioso que uma prática considerada reprovável pelo direito penal (o qual, em tese, deve intervir apenas quando houver extrema necessidade) seja largamente praticada e aceita pelos cidadãos. Embora essa tipificação tenha sido inserida em nosso ordenamento há mais de 50 anos, época na qual provavelmente causava um sentimento de reprovação, é importante perguntar e por isso assumimos como problema de pesquisa: a tipificação dos jogos de azar ainda se justifica, considerando a mudança da realidade social e os princípios do direito penal?

Este trabalho terá como objetivo geral de estudo confrontar esse tipo contravençional com os princípios que regem o direito penal (notadamente os da intervenção mínima, fragmentariedade, adequação social, insignificância, ofensividade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana) e fundamentam o Estado democrático de direito.

Já como objetivos específicos, será analisado: se a intervenção penal na esfera privada, no caso da contravenção penal em estudo, é legítima, ao menos nos limites em que, para fins de argumentação, admita-se qualquer intervenção penal como legítima; se há de fato um bem jurídico a ser protegido e até que ponto ele merece a tutela do direito penal; se o direito penal é legítimo para exercer uma função moralizadora.

No primeiro capítulo será analisada a função do direito penal e seus princípios norteadores, demonstrando o caráter minimalista que se requer atualmente do direito penal, buscando que as instâncias decisórias do Estado interfiram apenas em último caso. Será demonstrado que apenas quando houver lesão significativa a bens jurídicos de extrema importância para a sociedade haverá necessidade e, portanto, legitimidade para aplicação do direito penal. Razão disto é o fato de que a repressão aplicada pelo direito penal é

mais agressiva que a dos demais ramos do direito, já que afeta o direito de liberdade dos indivíduos.

Nesse sentido, ressalta-se que a posição assumida nesse trabalho compreende o direito penal como protetor de bens jurídicos, sem olvidar, é claro, posicionamentos doutrinários que entendem o direito penal como instrumento de controle social e de reprodução das condições materiais da vida social.

Adiante, no segundo capítulo, aborda-se a evolução histórica e legislativa dos jogos de azar, bem como sua definição, previsão legal e o bem jurídico a ser protegido nesse tipo de conduta. Inicialmente será demonstrado que os jogos de azar são explorados desde os tempos do império no Brasil, sendo permitidos dessa época até o ano de 1917, quando se tornaram proibidos, voltando a ser permitidos em 1934, no governo de Getúlio Vargas e, enfim, proibidos de vez em 1946, pelo presidente à época, Eurico Gaspar Dutra, por meio do Decreto-lei n. 9.215, de 30 de abril de 1946, sob a alegação de que os jogos de azar atentavam contra a moral e os bons costumes.

Nesse contexto, será exposto que a proibição aconteceu por pressão da esposa do presidente Eurico Gaspar Dutra, Carmela Leite Dutra – também conhecida como Dona Santinha, católica muito devota, que acreditava ser essa atividade contrária ao que ela compreendia como valores cristãos formadores da unidade da família brasileira.

Nesse capítulo será explicada, também, a definição legal dos jogos de azar, que consistem naqueles que dependem única ou exclusivamente da sorte. Frente à amplitude de tal definição, serão analisados os demais diplomas normativos que tratam das diversas modalidades de jogos de azar, visto que possuem evidente relevância para o estudo. Demais disso, será demonstrado que a União, apesar de tipificar essa conduta, exerce a exploração dos jogos de azar livremente em todo território nacional, evidenciando uma verdadeira contradição entre sua atitude atual e seus argumentos utilizados quando da criação da norma.

Ainda no segundo capítulo serão analisados os supostos bens jurídicos que deviam ser protegidos com a tipificação dos jogos de azar, quais sejam, a moral e os bons costumes. Será ressaltada a dúvida quanto à existência desses bens jurídicos na atualidade,

tendo em vista a ampla aceitação dessa prática pela sociedade. Consequentemente, frente à adequação social que enfrenta os jogos de azar no contexto social atual, questiona-se se de fato há um bem jurídico a ser protegido com a tipificação e, ainda considerando sua existência, se merece proteção penal.

Finalizando o estudo, no terceiro capítulo serão apresentados os argumentos que confirmam a inadequação dessa tipificação penal, demonstrando que há uma verdadeira afronta aos princípios abordados no trabalho, bem como à realidade social em que se encontra a sociedade brasileira, que tolera os jogos de azar, sendo inconcebível que continue a punição aos indivíduos que realizam ou exploram essa prática.

O método de pesquisa utilizado no presente trabalho seguiu o modelo de monografia, valendo-se de instrumentos bibliográficos, tais como doutrinas, artigos jurídicos encontrados em sites e revistas, sites de órgãos oficiais, de legislação e etc, como técnica para a fundamentação do estudo e reflexão do tema.

FUNÇÃO DO DIREITO PENAL E PRINCÍPIOS NORTEADORES

Para uma compreensão melhor da discussão que será tomada neste trabalho, válido iniciar com um tema bastante controverso na doutrina, mas de extrema relevância, qual seja, a função do direito penal. Queiroz (2008, p. 83), ao tratar do assunto, entende que a função do direito penal está intimamente ligada com as teorias da pena.

Na sua opinião, duas correntes político-criminais devem ser levadas em consideração quando se falar em funções da pena ou, mais amplamente, do direito penal: teorias legitimadoras (em que se reconhece a legitimidade do Estado para intervir na liberdade dos cidadãos por meio do direito penal, seja preventiva ou repressivamente) e teorias deslegitimadoras (em que se nega essa legitimidade ao Estado, por considerar a intervenção penal desnecessária) (QUEIROZ, 2008, p.84).

Dentre as teorias legitimadoras existem as teorias absolutas, relativas e ecléticas. Os seguidores das teorias absolutas (tal como Roxin, Kant e Hegel) não vêem o direito penal como objeto para alcançar algum objetivo maior, entendem que ele é um fim em si mesmo e, portanto, a pena se justifica apenas pelo fato de que se cometeu um crime, não servindo para nada (QUEIROZ, 2008, p. 85).

Ao contrário dessa concepção, os defensores das teorias relativas entendem que a pena possui um caráter utilitarista, sendo o meio para alcançar determinados fins, especialmente a prevenção de novos delitos. Queiroz (2008, p. 87) explica, ainda, que as teorias relativas dividem-se em:

[...] teorias da prevenção geral – positiva ou negativa – e teorias da prevenção especial. No primeiro caso (de prevenção geral positiva), a finalidade da pena é fortalecer os valores ético-sociais veiculados pela norma, estabilizar o sistema social ou semelhante; no segundo (de prevenção geral negativa), a norma tem por objetivo motivar os seus destinatários a se absterem da prática de novos delitos; finalmente, para as teorias da prevenção especial, fim da norma é evitar a reincidência por meio da ressocialização do condenado ou similar.

Por último, as teorias legitimadoras ecléticas, como o próprio nome sugere, buscam conciliar as concepções das demais teorias já abordadas, explicando de forma mais complexa e completa a função da pena. De acordo com os ensinamentos de Bacigalupo

apud Queiroz (2008, p. 94):

Para essa teoria, a justificação da pena depende a um tempo da justiça de seus preceitos e da sua necessidade para a preservação das condições essenciais da vida em sociedade (proteção de bens jurídicos). Busca-se, assim, unir justiça e utilidade, razão pela qual a pena será legítima somente quando for ao mesmo tempo justa e útil.

Considerando que não há uma função exata do direito penal ou teoria definitiva da pena, senão aquelas consideradas de acordo com a preferência do observador, trazendo essas reflexões para o âmbito nacional, podemos compreender que o direito penal brasileiro está mais próximo da última teoria analisada, dando à pena uma finalidade especial, qual seja, justiça e utilidade para a sociedade. O que se busca, atualmente, é utilizar o direito penal apenas em último caso, tendo em vista que estabelece sanções mais severas que os outros ramos, e conferir à pena uma função ressocializadora, com o intuito de evitar novos delitos.

A divergência doutrinária quanto aos objetivos do direito penal é do mesmo modo controversa. Enquanto uns enxergam esse ramo do direito como o meio de proteção a bens jurídicos de extrema importância para a sociedade, outros entendem que ele serve como instrumento de controle social e de reprodução das condições materiais da vida social.

Greco (2005, p.30), por exemplo, considerando o Direito Penal Mínimo como o mais coerente com a realidade social atual, defende “ser a finalidade do Direito Penal a proteção tão-somente dos bens necessários e vitais ao convívio em sociedade”. Da mesma forma, entendendo que a função protetora de bens jurídicos é a missão fundamental e legitimadora do direito penal, Molina e Gomes (2012, p.198) defendem que:

A norma penal, na verdade, deve destinar-se à defesa de algum bem ou interesse valioso, isto é, deve servir de meio ou instrumento ou de técnica que articula referida proteção. Porque não se trata de proibir por proibir, de castigar por castigar, senão de tornar possível a convivência e a paz social.

Por outro lado, Santos *apud* Hedlund e Silva (2011, p.5) entende haver duas espécies de objetivos do direito penal: declarados e reais (ou latentes). Para o autor, o primeiro objetivo seria a proteção dos bens mais relevantes para a sociedade, enquanto que o segundo seria o significado político do direito penal, como centro da estratégia de controle

social nas sociedades contemporâneas.

No presente trabalho será adotado o primeiro posicionamento, no qual o direito penal tem como objetivo principal proteger os bens jurídicos mais importantes para a sociedade, devendo ser utilizado apenas como ultima ratio. Válido esclarecer, entretanto, que tal limitação à intervenção do direito penal não tem o intuito de permitir que o agressor a um bem jurídico de menor importância fique incólume. O que se busca é reservar as sanções do direito penal - que são mais severas - aos casos em que há maior ofensividade, deixando a cargo dos outros ramos do direito a repressão aos ilícitos “mais leves”.

O direito penal brasileiro tem como pressuposto básico a intervenção mínima do Estado, devendo aplicar sanções apenas quando for estritamente necessário e houver lesão significativa e intolerável aos bens jurídicos de maior importância na sociedade. O caráter fragmentário desse ramo do direito é marcante, visto que compõe tão somente parcela do ordenamento jurídico.

Assim, tem-se que, pela característica subsidiária do direito penal brasileiro, a intervenção desse ramo do direito apenas será necessária quando os mecanismos extrajudiciais forem insuficientes para resguardar os bens jurídicos de maior relevância para a coletividade.

O direito penal, como qualquer outro ramo do direito, é regido por diversos princípios, que lhe conferem suas características específicas. Portanto, antes de tecer maiores considerações, faz-se necessária a conceituação do próprio termo “princípio”.

Mello *apud* Masson (2014, p. 21) assevera que:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Como bem se vê, os princípios exercem papel de extrema relevância para todo o ordenamento jurídico, sendo orientadores de todas as normas. Com o direito penal não poderia ser diferente, os princípios são parte de seu núcleo essencial, fundamentam e limitam

a responsabilidade penal, resguardando os direitos fundamentais dos indivíduos e orientando na elaboração e interpretações das leis de acordo com os preceitos da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 – CRFB/1988 e do Estado democrático de direito (PRADO, 2011, p. 138-139).

Diante dessas reflexões, percebe-se que os princípios são de extrema importância para o direito penal, bem como para todo ordenamento jurídico, tendo como função principal a limitação do poder punitivo do Estado e, conseqüentemente, orientando a criação e aplicação da norma.

Como o presente trabalho irá tratar de uma contravenção penal que, na sua essência, não possui qualquer lesividade social e, portanto, não merece a tutela do Direito penal, válido iniciar a discussão com os princípios que fundamentam a inadequação da tipificação dos jogos de azar.

PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E DA FRAGMENTARIEDADE

O princípio da intervenção mínima estabelece que o direito penal só deve preocupar-se com a proteção dos bens mais importantes e necessários à vida em sociedade. Daí extrai-se o entendimento de que o direito penal tem um caráter fragmentário (princípio da fragmentariedade), ou seja, não tutela todos os bens existentes na sociedade, mas tão somente aqueles de extrema importância, cuja ofensa é intolerável.

Nesse sentido, Molina e Gomes (2012, p. 314) asseveram que:

É um equívoco crasso supor que a norma penal seja o remédio correto para todos os males. Nesse equívoco incorreram, como sabemos, muitas organizações de defesa dos direitos fundamentais (ecologistas, consumeristas etc., incluindo-se nesse rol os chamados – por Silva Sanchez – de “gestores atípicos da moral”). A verdadeira prevenção do delito, com frequência, consegue-se com mais efetividade de outras maneiras.

Assim, evidente que o direito penal não pode intervir em todo e qualquer caso, pois, quando aplica suas sanções, atinge ou ameaça um bem de grande valor do agente, qual seja, a sua própria liberdade de locomoção – vale dizer, direito fundamental protegido no artigo 5º, incisos XV e LXVIII da CRFB/1988.

No entanto, importante esclarecer que a não incidência do direito penal sobre bens

de menor importância não implica em ausência de tutela por parte do Estado, mas tão somente que essa tutela será realizada por mecanismos extrapenais, que são menos severos. Considerando que a tutela do direito penal acaba por cercear a liberdade dos indivíduos, há necessidade de limitar o poder punitivo do Estado quando se tratar de bens de menor importância, devendo estes ser protegidos por outro ramo do direito, que sejam menos agressivos.

Na América Latina, conforme esclarecem Zaffaroni e Pierangeli (2013, p. 79), a necessidade de se estabelecer uma intervenção mínima do direito penal é ainda maior do que para os demais países, tendo em vista que ainda sofremos as consequências de uma agressão aos Direitos Humanos (também chamado pelos autores de injusto jushumanista), o que afeta nosso direito ao desenvolvimento, assegurado no artigo 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Não há dúvidas, portanto, que tais princípios são essenciais tanto no momento da elaboração da lei penal como na própria aplicação do direito diante do caso concreto no ordenamento jurídico brasileiro.

PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

Nas palavras de Gomes e Cunha (2009, p. 56):

[...] somente comportamentos que tenham relevância social negativa, enfim, que afetem o sentimento comum de justiça, merecem a intervenção penal. Comportamentos considerados socialmente adequados (aceitos no meio social) não devem ser sancionados penalmente.

Essa afirmação encontra fundamento no fato de que as leis são impostas para o melhor convívio social, sendo de extrema necessidade atender aos próprios interesses da sociedade. Assim, se a lei criminaliza um comportamento que é de aceitação geral, exercerá um papel totalmente oposto ao que deveria. Se a conduta não gera sentimento de reprovabilidade na sociedade, não há motivos lógicos para sua proibição, o que dirá sua tipificação penal - com a conseqüente ameaça à liberdade dos indivíduos.

Inconcebível que se tipifique práticas que já se tornaram consagradas pelo uso histórico e que são consideradas socialmente adequadas. Greco (2005, p. 31), partindo

de uma visão minimalista do direito penal, afirma que, além de observarmos o princípio da intervenção mínima,

[...], devemos analisar se aquele bem, considerado como importante e incapaz de ser protegido pelos outros ramos do ordenamento jurídico, é atacado por uma conduta não tolerada socialmente. Tal raciocínio se faz mister porque, mesmo sendo o bem importante, se a conduta que o atinge for socialmente tolerada, aceita pela sociedade, não poderá haver a criminalização, pois, se assim o fizéssemos, estaríamos, na verdade, convocando a sociedade a praticar infrações penais, pois que ela não deixaria de praticar os comportamentos a que estava acostumada.

Insta salientar que não se está defendendo apenas as condutas praticadas em larga escala, ou, ainda, aquelas condutas necessariamente exemplares. O que se quer resguardar são as condutas que se mantêm dentro do aceitável perante a sociedade, sem grau de reprovabilidade, que não agridam bens considerados essenciais pelo senso comum e, portanto, sejam toleradas.

Nesse sentido, o princípio em estudo também pode ser visto como verdadeiro limitador, evitando uma atuação altamente intervencionista do Estado, e agindo como verdadeiro protetor dos direitos fundamentais.

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU CRIMINALIDADE DE BAGATELA

O princípio da insignificância é elemento norteador do direito penal brasileiro e consiste na inaplicabilidade de pena quando a lesão ao bem jurídico é insignificante, uma vez que o fato passa a ser atípico e, portanto, impunível.

Ackel Filho *apud* Mendonça Filho (2009, p. 6-7) explica que o princípio da insignificância é aquele que permite infirmar a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade, constituem ações de bagatela, despidas de reprovação, de modo a não merecerem valoração da norma penal, exsurgindo, pois como irrelevantes.

Depreende-se, portanto, que o princípio da insignificância consiste na máxima de que, quando a lesão causada ao bem jurídico – de menor importância – for ínfima, não há que se falar em punição ou sequer crime, embora o comportamento do agente se enquadre a um tipo penal. Por tal conceito percebe-se que o aludido princípio nada mais é do que consequência dos princípios da intervenção mínima e fragmentariedade, já estudados an-

teriormente.

Salienta-se que a doutrina sempre considerou a necessidade do preenchimento de alguns requisitos para a aplicação do princípio da insignificância, traçando limites para a discricionariedade do aplicador da norma. Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu quatro critérios objetivos para a aplicação do princípio da insignificância, quais sejam: a) conduta minimamente ofensiva; b) ausência de periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; d) lesão jurídica inexpressiva¹.

O requisito da conduta minimamente ofensiva está ligado ao princípio da ofensividade, segundo o qual só há crime havendo dano (nullum crimen sine iniuria). É de se esperar que aquelas condutas que gerem um dano inexpressivo ao bem jurídico deixem de ter proteção do direito penal, visto que a este só incumbe intervir quando houver efetiva ofensa ao bem.

Por sua vez, a ausência de periculosidade social da ação traduz-se na análise dos efeitos que a conduta delituosa causa perante a sociedade. Como se sabe, aquele que tem seu bem jurídico lesado ou ameaçado pela prática delituosa não é o único ofendido pela conduta: a sociedade como um todo também o é, pois está exposta à mesma ameaça que sofreu o ofendido. Assim, se a conduta não ofende o indivíduo e a sociedade como um todo, questiona-se a real necessidade de repressão pelo direito penal.

No que tange ao reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, este traduz-se no desvalor da conduta delituosa perante a sociedade. Se a lei penal existe para assegurar a proteção dos bens jurídicos da sociedade, nada mais adequado do que considerar atípicos aqueles fatos que, embora tipificados em lei, não geram sentimento de reprovação pelos destinatários da norma. A repressão a tais condutas sequer fariam sentido.

Nesse contexto, merece destaque os ensinamentos de Zaffaroni e Pierangeli (2013, p. 410-412), que entendem que a tipicidade penal só existe quando comprovadas a tipicidade legal, a qual se coaduna na adequação da conduta ao tipo, e a antinormatividade, que consiste na violação da norma e afetação do bem jurídico tutelado. Não basta que a

¹Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 113327, MG, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 13/11/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: 02/05/2012. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21538717/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-113327-mg-stf>>. Acesso em: 20/06/2014.

conduta se enquadre no texto da lei, deve também violar de fato a norma e o bem jurídico que ela visa proteger, apenas nesse caso haverá de fato tipicidade penal. Portanto, podemos concluir que quando não há sentimento de reprovação pelos destinatários da norma às condutas descritas no texto da lei, não há de fato a tipicidade penal e não se faz necessária a intervenção penal.

Em outro giro, percebe-se que o reduzido grau de reprovabilidade está claramente relacionado ao requisito da ausência de periculosidade social da ação, uma vez que uma conduta que não gera perigo efetivo à sociedade possui ínfimo grau de reprovabilidade perante a mesma.

Este requisito, além de estar em perfeita consonância com os demais requisitos comentados, encontra íntima relação com o princípio da adequação social. Masson (2014, p.40), ao tratar do referido princípio, defende que:

De acordo com esse princípio, não pode ser considerado criminoso o comportamento humano que, embora tipificado em lei, não afronta o sentimento social de Justiça. É o caso, exemplificativamente, dos trotes acadêmicos moderados e da circuncisão realizada pelos judeus.

Por fim, no que tange ao requisito da lesão jurídica inexpressiva, temos que o princípio da insignificância deve incidir nos casos em que a lesão causada ao bem jurídico da vítima for de valor inexpressivo.

Observe-se que, no que tange ao valor do bem, há de ser levado em consideração o contexto da ação, a importância do bem para a vítima, sua condição econômica e outros fatores que devem ser valorados no caso concreto. Não há estabelecimento doutrinário ou jurisprudencial a respeito de um quantum mínimo para aplicação do princípio, uma vez que depende não somente do valor material, como também sentimental e, ainda, levando em consideração as condições do ofendido.

Pelo exposto, compreende-se que, para tornar um fato atípico pela incidência do princípio da insignificância, deve restar cabalmente comprovado tratar-se de uma conduta efetivamente insignificante, que não mereça tutela penal por não representar ofensa considerável à sociedade.

Vale esclarecer que este princípio não se confunde com o da adequação social,

pois aqui a conduta é sim considerada injusta, no entanto, sem haver alta lesividade. Já no princípio da adequação social a conduta nem mesmo é considerada injusta, havendo aceitação social.

PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE OU DA LESIVIDADE

O princípio da ofensividade ou lesividade impõe maior limitação ao poder de punir do Estado que a já estabelecida pelo princípio da intervenção mínima. Serve como verdadeiro orientador ao Estado no momento de decidir quais condutas podem ser punidas pelo direito penal, bem como para o intérprete no momento de adequar o caso concreto na descrição abstrata contida na lei. Interessante ressaltar que, mesmo que a lei já exista, esse princípio evita que certos casos, nos quais o dano concreto não seja efetivamente lesivo, sejam subsumidos a ela.

Percebe-se, portanto, que para este princípio não há que se falar em tutela penal quando se tratar de fatos sem conteúdo ofensivo a bens jurídicos. De fato não há motivos para se criminalizar uma conduta que não afeta um bem jurídico dotado de pelo menos um mínimo de relevância social.

Nas palavras de Gomes e Cunha (2009, p. 56):

[...] pelo princípio da lesividade ou ofensividade um comportamento só pode ser considerado penalmente relevante se ocasionar uma lesão ou ao menos um perigo real, concreto de lesão a um bem jurídico penal.

Da mesma forma, Zaffaroni *et al.* (2013, p. 226) afirmam que, segundo o princípio da lesividade “nenhum direito pode legitimar uma intervenção punitiva quando não medeie, pelo menos, um conflito jurídico, entendido como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou coletivo”.

Greco (2014, p. 55) sistematiza quatro funções ao princípio da ofensividade ou lesividade, quais sejam: a) proibir a incriminação de uma atitude interna; b) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; c) proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais; d) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

Para o presente estudo, merece destaque a última função elencada por Greco - proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico -, a qual deixa claro o objetivo do princípio em evitar a incriminação de condutas que, embora sejam desprezadas pela sociedade, não geram prejuízo a qualquer bem alheio.

Seria totalmente irracional punir o indivíduo por uma atitude que sequer feriu os bens de outra pessoa. A título de exemplo, pode-se dizer que a maioria das pessoas não veem com bons olhos aqueles que gostam de tatuar o corpo inteiro e inserir *piercings* em suas peles, no entanto, ainda assim não há crime, pois o indivíduo não está atacando nenhum bem alheio.

Em outro giro, com uma visão mais severa, Capez (2014, p. 40) defende que

O princípio da ofensividade considera inconstitucionais todos os chamados “delitos de perigo abstrato”, pois, segundo ele, não há crime sem comprovada lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico.

Os delitos de perigo abstrato são aqueles que não exigem a efetiva lesão de um bem jurídico ou sequer sua colocação em risco concreto, mas apenas que descrevem uma conduta que pode vir a gerar um dano. Um exemplo seria o ilícito de dirigir embriagado, para que o tipo prevê tão somente a conduta de dirigir embriagado, sem exigir que se atropеле um indivíduo ou colida com outro veículo.

Apesar de boa parte da doutrina atual seguir o entendimento segundo o qual são inconstitucionais todos os delitos de perigo abstrato, nosso ordenamento jurídico ainda criminaliza tais condutas. Da mesma forma, a jurisprudência tem se firmado a favor da condenação nesses casos, conforme se extrai do seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

Agravo regimental em recurso ordinário em habeas corpus. 2. Decisão agravada em consonância com remansosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 3. Porte ilegal de arma e munições. Crime de perigo abstrato. Consumação independente de demonstração da potencialidade lesiva da arma ou das munições. 4. Atipicidade da conduta em razão da ausência de ofensividade. Inocorrência. Objetividade jurídica da norma é a incolumidade pública, não só a pessoal. 5. Agravo regimental a que se nega provimento².

² Supremo Tribunal Federal – Agravo Regimental Habeas Corpus: 123553 MS, Rel.: Min. GILMAR MENDES, julgado em 07/10/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: 22/10/2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25298536/agreg-no-recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-123553-ms-stf>>. Acesso em: 04/11/2014.

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade, como o próprio nome sugere, estabelece que deve haver proporção entre a gravidade do comportamento ilícito e a pena a ser aplicada para reprimê-lo. Assim, os delitos mais reprováveis devem receber penas mais severas, enquanto que aqueles delitos “mais leves” merecem penas mais brandas.

O princípio tenta evitar excessos desnecessários, como acontecia na antiguidade, em que se aplicava penas extremamente severas (tais como tortura, desmembramento, etc.) para comportamentos ilícitos que nem ofendiam gravemente a sociedade.

No entanto, válido esclarecer que o princípio da proporcionalidade não tem aplicabilidade apenas no momento da dosagem da pena, mas também no próprio momento de definir quais condutas serão consideradas como ilícitos penais. Como bem assevera Capez (2014, p. 37), “a criação de tipos incriminadores deve ser uma atividade compensadora para os membros da sociedade”. Nada mais lógico do que compatibilizar a norma com o interesse do corpo social, pois esse é o próprio fim para o qual se destina.

Nesse contexto, Bitencourt *apud* Gomes e Cunha (2009, p. 56), explica que:

[...] o princípio da proporcionalidade, no Direito Penal, significa que o sistema penal somente se justifica se as violências que ele pretende evitar forem superiores às violências das penas que cominar, ou seja, se os custos da incriminação de um comportamento forem maiores do que os benefícios que ela pode trazer à sociedade, haverá ofensa ao princípio da proporcionalidade.

Assim, tanto no momento de criar tipos penais, como também no momento de determinar a severidade da sanção que será aplicada, o legislador deve manter certo grau de proporcionalidade entre o comportamento e a pena, tudo em nome do interesse social.

Ressalta-se que o princípio da proporcionalidade pode ser detectado em diversos trechos da CRFB/1988. A título de exemplo, destaca-se o art. 5º, XLII da Carta Magna, que estabelece que o crime de racismo será inafiançável e imprescritível, o que não acontece na maioria dos outros delitos incriminados pelo direito penal brasileiro, demonstrando que o legislador se preocupou em estabelecer uma pena mais grave para este delito devido ao seu alto grau de ofensividade.

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Todos os princípios até então estudados têm como suporte o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual exerce papel de extrema relevância tanto para o Direito penal como todos os outros ramos do direito, sendo considerado um verdadeiro “super-princípio”. Segundo Prado (2011, p. 138-139):

Como viga mestra, fundamental e peculiar ao Estado democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana há de plasmar todo o ordenamento jurídico positivo – como dado imanente e limite mínimo vital à intervenção. Trata-se de um princípio de justiça substancial, de validade a priori, positivado jurídico-constitucionalmente.

Nesse sentido, ressalta-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana exerce o papel de fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º, III da CRFB/1988. Tal princípio consagra um valor moral e espiritual a todo e qualquer ser humano, de onde se desdobram todos os direitos e garantias fundamentais, visto que serve como fundamento para todo o ordenamento jurídico. Não podemos esquecer que o Estado foi criado para servir às necessidades das pessoas e não o contrário, sendo incontestável a necessidade de se adequar a norma à dignidade do ser humano.

Por fim, ressalta-se que a afronta dos princípios estudados – derivados do princípio da dignidade da pessoa humana – além de constituir uma atitude inconstitucional viola todo o ordenamento jurídico vigente, inclusive indo contra os fundamentos do Estado democrático de direito.

JOGOS DE AZAR

EVOLUÇÃO HISTÓRICO-LEGISLATIVA

Desde os tempos mais remotos, os jogos de azar exercem um verdadeiro fascínio sobre a humanidade, uma vez que abrem a possibilidade ao homem de enriquecer de um momento para outro sem o esforço que o trabalho exige.

Há registros de que as primeiras loterias – uma das diversas modalidades de jogos de azar - datam da época de César, entre os anos 100 a 44 a.C. (DUARTE,

2006, p. 190). No âmbito nacional, podemos dizer que os jogos de azar são explorados desde os tempos do império, período no qual eram permitidos e comumente praticados em cassinos luxuosos.

Os jogos de azar foram permitidos no Brasil desde o início do Império até o ano de 1917, quando se tornaram proibidos. No entanto, já em 1934, no governo de Getúlio Vargas, voltaram a ser permitidos e livremente explorados³.

Não há dúvidas de que essas práticas fomentaram a economia do nosso país por longos anos. Os grandes e luxuosos cassinos eram a fonte de renda para muitos trabalhadores e suas famílias, incentivavam o turismo e, ainda, a movimentação hoteleira.

Porém, em 1946 os jogos de azar foram proibidos de vez, pelo presidente à época, Eurico Gaspar Dutra, por meio do Decreto-lei nº 9.215, de 30 de abril de 1946 – DL 9.215, que restaurou a vigência do art. 50 e parágrafos da Lei de Contravenções Penais - LCP. A proibição se deu sob a alegação de que os jogos de azar atentavam contra os costumes, havendo grande apoio das classes mais conservadoras da sociedade, da igreja e até da mídia da época. Nesse sentido, válido transcrever o preâmbulo da norma em apreço:

O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o artigo 180 da Constituição, e

Considerando que a repressão aos jogos de azar é um imperativo da consciência universal;

Considerando que a legislação penal de todos os povos cultos contém preceitos tendentes a êsse fim;

³A História dos Cassinos no Brasil. Disponível em: <<http://port.pravda.ru/cplp/brasil/29-06-2009/27334-cassinosbr-0/>>. Acesso em: 06/10/2014.

Considerando que a tradição moral jurídica e religiosa do povo brasileiro e contrária à prática e à exploração e jogos de azar; Considerando que, das exceções abertas à lei geral, decorreram abusos nocivos à moral e aos bons costumes; [...] [Grifo nosso]

Muitos acreditam que a proibição aconteceu por pressão da esposa do presidente Eurico Gaspar Dutra, Carmela Leite Dutra – também conhecida como Dona Santinha -, católica muito devota. A esposa do presidente considerava as apostas, em geral, uma atividade pecaminosa, antro da perdição e atravessadora dos valores cristãos formadores da unidade da família brasileira⁴.

Nesse período foram fechados 70 cassinos e despedidos cerca de 40.000 empregados⁵. Não há como negar que, após a proibição dos jogos de azar, pessoas que viviam de trabalhos honestos foram colocadas na rua, não existindo alternativa senão viverem na clandestinidade, explorando jogos que agora eram considerados ilícitos. O turismo reduziu drasticamente com o fechamento dos cassinos e, conseqüentemente, a movimentação hoteleira também diminuiu. No entanto, a proibição dos jogos não foi suficiente para acabar com essa prática que, como se sabe, até hoje é explorada em larga escala na clandestinidade.

É de conhecimento geral que o jogo do bicho é praticado, mesmo que clandestinamente, em quase toda esquina, inclusive à vista das autoridades policiais. Demais disso, quem não conhece um grupo de amigos que gostam de se reunir frequentemente para jogar cartas apostando? Quem nunca participou de um bolão esportivo em época de Copa do Mundo?

O objetivo era terminar com os jogos porque atentavam contra a moral e os bons costumes. No entanto, vemos a loteria ser explorada livremente pelo Estado atualmente. Virou até tradição jogar na Mega-Sena (loteria realizada pela Caixa Econômica Federal), sendo mais do que aceita pela sociedade a famosa “fezinha” de todas as semanas.

Ressalta-se que não é apenas o artigo 50 da LCP que trata de jogos de azar: os artigos 51 a 58 também tratam de algumas de suas modalidades. No entanto, estes artigos

⁴BETO.É proibido apostar no Brasil?. Disponível em:<<http://www.queroapostar.com/2012/11/17/Proibido-Apostar-No-Brasil/>>. Acesso em: 06/10/2014.

⁵ *Ibidem*.

foram revogados tacitamente pelo Decreto-lei nº 6.259, de 1944 – DL 6259, que dispõe sobre os serviços de loterias e dá outras providências, permitindo, basicamente, que atividades como essas sejam praticadas pelo Estado livremente. Como o Decreto em questão merece maiores considerações, será analisado em tópico específico.

Por fim, não há como negar que, com os cassinos havia empregos para muitos necessitados, movimentação turística e hoteleira, que também ajudavam na economia e na vida de muitos familiares. Portanto, tirava-se dos ricos e distribuía-se para os pobres. Hoje, com a proibição infundada dos jogos de azar, retira-se apenas dos pobres, que não deixam de apostar toda semana (seja na loteria autorizada e explorada pelo Estado, seja no jogo do bicho), e entrega-se o prêmio somente para uma pessoa, na maioria das vezes.

DEFINIÇÃO E PREVISÃO LEGAL

O dicionário define jogo de azar como “aquele em que o ganho ou a perda depende, exclusivamente, da sorte” (DINIZ, 2012, p. 345). Como o próprio nome sugere, é aquele no qual o ganho não pode ser influenciado pela habilidade do jogador, dependendo apenas do fator sorte – ou azar. Dessa forma, podemos dizer que, nos jogos de azar, ganhar é a exceção, enquanto a regra é perder.

São exemplos clássicos: jogos de dados; roleta; bingo; vinte-e-um e etc. Já não se classificam como jogos de azar: o xadrez, o vôlei, a esgrima, o “pif-paf”, pois estes dependem da habilidade do jogador.

Os jogos de azar estão disciplinados no artigo 50 da LCP, que assim dispõe:

Art. 50. Estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele: Pena – prisão simples, de três meses a um ano e multa, estendendo-se os efeitos da condenação à perda dos moveis e objetos de decoração do local.

§ 1º A pena é aumentada de um terço, se existe entre os empregados ou participa do jogo pessoa menor de dezoito anos.

§ 2º Incorre na pena de multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis, quem é encontrado a participar do jogo, como ponteiro ou apostador.

§ 3º Consideram-se, jogos de azar:

a) o jogo em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte;

- b) as apostas sobre corrida de cavalos fora de hipódromo ou de local onde sejam autorizadas;
- c) as apostas sobre qualquer outra competição esportiva.

§ 4º Equiparam-se, para os efeitos penais, a lugar acessível ao público:

- a) a casa particular em que se realizam jogos de azar, quando deles habitualmente participam pessoas que não sejam da família de quem a ocupa;
- b) o hotel ou casa de habitação coletiva, a cujos hóspedes e moradores se proporciona jogo de azar;
- c) a sede ou dependência de sociedade ou associação, em que se realiza jogo de azar;
- d) o estabelecimento destinado à exploração de jogo de azar, ainda que se dissimule esse destino.

Como se vê, a definição legal de jogos de azar está contida no § 3º do artigo acima transcrito. Percebe-se que o legislador se preocupou em tipificar não só os jogos que dependem exclusivamente da sorte, como também aqueles em que a sorte apenas prepondera. Assim, tem-se que, conforme esclarecem Gomes e Cunha (2009, p. 121):

Jogo de azar é aquele cujo ganho depende exclusiva **ou** principalmente da sorte. Em outras palavras, é o jogo cujo **fator sorte prepondera** sobre os demais fatores que influenciam no resultado. Assim, se o jogo depender mais da habilidade do que da sorte do jogador, não há jogo de azar. [Grifo nosso]

Não é outro o entendimento da jurisprudência, senão vejamos:

ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - JOGOS ELETRÔNICOS - MÁQUINAS "COPA 2002" E "CAVEIRINHA" ALVARÁ PARA EXPLORAÇÃO E LOCAÇÃO -SEGURANÇA CONCEDIDA EM PRIMEIRO GRAU - DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO CONFIGURADO - CARACTERIZAÇÃO DE JOGO DE AZAR VEDADO PELO ART. 50 DA LEI DAS CONTRAVENCOES PENAIIS - SENTENÇA REFORMADA EM REEXAME NECESSÁRIO - SEGURANÇA DENEGADA. 1. A Lei nº 9.615/98, ao proibir a manutenção de máquinas de jogos de azar nas salas de bingo, não autoriza a instalação dos referidos equipamentos em outros locais, pois trata-se legislação específica para os estabelecimentos que exploram o jogo do bingo. Continua, pois, proibida a exploração de jogo de azar (LCP, art. 50), que **se caracteriza como aquele em que prepondera o fator sorte**. 2. Não se configura o direito líquido e certo quando o laudo apresentado não se refere especificamente às máquinas que se pretende explorar e não é conclusivo no sentido de afirmar que o resultado do jogo não depende principalmente da sorte⁶. [Grifo nosso]

Demais disso, o tipo exige que a prática dos jogos se dê em local público ou acessível ao público, ou seja, onde a entrada de qualquer pessoa seja permitida - mediante pagamento ou não. Portanto, não podemos considerar ilícita a prática de jogos de azar em

⁶ Tribunal de Justiça do Paraná – Reexame Necessário 1118441, Relator: Sydney Zappa, julgado em:13/02/2002, 4ª Câmara Cível. Data de Publicação: 04/03/2002. Disponível em: < <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4694654/reexame-necessario-reex-1118441>>. Acesso em:12/10/2014.

casas particulares, em que não se permita a entrada de qualquer pessoa, como, por exemplo, uma reunião familiar rotineira em que se jogue carteadado (que dependa principalmente da sorte) apostado.

Nas palavras de Gomes e Cunha (2009, p. 156-157):

A casa particular é considerada local acessível ao público se habitualmente recebe jogadores que não são da família que ocupa o imóvel. Se apenas os familiares realizam o jogo de azar, ainda que habitualmente e com disputa em dinheiro, a casa não é equiparada a local acessível ao público, logo não há contravenção penal. Ex. família q se reúne toda noite para jogar vinte-e-um não comete contravenção penal. Também não haverá a contravenção se convidados participarem do jogo esporadicamente (sem habitualidade).

Porém, não podemos negar que, na maioria das vezes, a entrada de qualquer pessoa é permitida, mesmo que praticada em uma residência particular. Muitos dos participantes regulares acabam levando um acompanhante, vez ou outra, que também acabam apostando. Começa apenas como uma tradição da família, uma brincadeira, mas depois se torna um “pequeno cassino particular”. Nesse sentido, ressalta-se que, embora a família não cobre pela entrada das pessoas, o tipo não exige tal cobrança para configuração da infração, conforme se entende da leitura do caput do artigo 50 da LCP.

Em outro giro, a doutrina e a jurisprudência majoritária, como bem asseveram Gomes e Cunha (2009, p. 151), exigem dois requisitos para a configuração da contravenção: habitualidade e intenção de lucro. Desse entendimento, conclui-se que, embora o jogo seja praticado com habitualidade, se não houver o objetivo de auferir lucro, não estará configurada a contravenção. Deve haver, portanto, aposta em dinheiro (ou bens de valor econômico). A título de exemplo do entendimento jurisprudencial, destaca-se o seguinte julgado:

PENAL. CONTRAVENÇÃO. EQUIPAMENTO DE CAÇA-NÍQUEL. JOGO DE AZAR EM LUGAR ACESSÍVEL AO PÚBLICO. AUTORIA E MATERIALIDADE CONSTATA NOS AUTOS. ARTIGO 50, § 3º, ALÍNEA A, DO DECRETO-LEI Nº 3.688/41. HABITUALIDADE E INTENÇÃO DE LUCRO COMPROVADAS. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. 1. A MATERIALIDADE DELITIVA ENCONTRA-SE COMPROVADA NOS AUTOS PELO LAUDO DE EXAME DE MÁQUINA ELETRÔNICA Nº 7.968/2007 (F. 49-52), QUE ATESTOU QUE OS RESULTADOS DOS JOGOS INDEPENDEM DA HABILIDADE DO JOGADOR, SUBMETENDO-SE APENAS À SORTE DESTE ÚLTIMO - FATO ESTE CARACTERIZADOR DO QUE SE DENOMINA JOGO DE AZAR. ALÉM DISSO, O EQUIPAMENTO ENCONTRA-SE EM LOCAL ABERTO AO PÚBLICO, EM UM QUIOSQUE SITUADO NA VILA SÃO JOSÉ, EM BRAZLÂNDIA/DF. 2. **A FINALIDADE LUCRATIVA É EXPRESSA, VEZ QUE, AINDA NOS CASOS EM QUE HÁ O GANHADOR, A**

MÁQUINA É PROGRAMADA PARA RETER UM PERCENTUAL DOS VALORES JOGADOS, O QUE COMPROVA A EXPLORAÇÃO DO JOGO DE AZAR. ADEMAIS, A HABITUALIDADE RESTOU COMPROVADA QUANDO ENCONTRADAS 285 (DUZENTOS E OITENTA E CINCO) MOEDAS NO VALOR DE R\$ 0,25 (VINTE E CINCO CENTAVOS), BEM COMO PELOS DEPOIMENTOS REDUZIDOS A TERMO, DE F. 118-9 E 151. 3. SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADA A AUTORIA E A MATERIALIDADE DA CONTRAVENÇÃO TIPIFICADA NO CAPUT DO ARTIGO 50 DO DECRETO-LEI Nº 3.688/41, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO, QUE ERA PROPRIETÁRIO DO MAQUINÁRIO UTILIZADO PARA A PRÁTICA DO DELITO PERMANENTE EM COMENTO, O QUE ATESTA A VIOLAÇÃO AO OBJETO JURÍDICO TUTELADO - QUAL SEJA, OS BONS COSTUMES. 4. "PENAL. CONTRAVENÇÃO PENAL. EXPLORAÇÃO DE JOGO DE AZAR EM LUGAR PÚBLICO OU ACESSÍVEL AO PÚBLICO. PRINCÍPIOS DA ADEQUAÇÃO SOCIAL E DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PENA APLICADA DE FORMA PROPORCIONAL ÀS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CP. 1 - SÃO INAPLICÁVEIS OS PRINCÍPIOS DA ADEQUAÇÃO SOCIAL E DA INSIGNIFICÂNCIA À CONTRAVENÇÃO DE EXPLORAÇÃO DE JOGO DE AZAR EM LOCAL PÚBLICO OU ACESSÍVEL AO PÚBLICO, POIS HÁ RELEVÂNCIA PENAL DA CONDUTA, RESULTANDO LESIVIDADE ECONÔMICA E SOCIAL. 2 - NADA A CENSURAR QUANTO À PENA-BASE, UMA VEZ QUE BEM DOSADA, PROPORCIONALMENTE ÀS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS, EM P

ARTE DESFAVORÁVEIS AO ACUSADO, EM FACE DE SUA CONDUTA SOCIAL PRETÉRITA NEGATIVA, POIS JÁ HAVIA SE ENVOLVIDO ANTERIORMENTE NA PRÁTICA DA MESMA CONTRAVENÇÃO. 3 - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO"(20060210036074APJ, RELATOR ARLINDO MARES, SEGUNDA TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS DO DF, JULGADO EM 30/06/2009, DJ 11/09/2009 P. 296). 5. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS E JURÍDICOS FUNDAMENTOS, COM SÚMULA DE JULGAMENTO SERVINDO DE ACÓRDÃO, NA FORMA DO ARTIGO 82, § 5º, DA LEI Nº 9.099/95". [Grifo nosso]

Válido destacar, ainda, que a sanção maior recai sobre o indivíduo que estabelece ou explora o jogo de azar (geralmente o dono do local onde é praticado o jogo), sendo-lhe aplicada uma pena de prisão simples de três meses a um ano, além de multa. Já o apostador ou jogador recebe apenas a pena de multa, conforme estabelece o § 2º do artigo 50 da LCP, pois pratica a forma privilegiada do tipo.

Lembre-se que, embora os apostadores recebam uma pena que não atinja a liberdade de ir e vir, ainda se trata de sanção penal, que devia incidir apenas nos casos de lesão a bens jurídicos de suma importância para a sociedade, não podendo ser considerada, portanto, como uma punição leve.

7Tribunal de Justiça – Distrito Federal – Apelação Criminal no Juizado Especial APJ: 46025220068070002 DF 0004602-52.2006.807.0002, Relator: JOSÉ GUILHERME DE SOUZA, julgado em: 27/07/2010, Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Publicação: 09/08/2010. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15645854/apj-46025220068070002-df-0004602-5220068070002>>. Acesso em: 15/10/2014.

Ainda no que tange à previsão legal, vale salientar que não é apenas o artigo 50 da LCP que trata de jogos de azar. Outras modalidades vêm disciplinadas nos artigos 51 a 58 daquele diploma normativo.

O Decreto-lei nº 6.259, de 1944 - Serviço de Loterias

Os artigos 51 a 58 da LCP tratavam das chamadas “loterias clandestinas”, prevenindo que condutas como explorar loterias sem autorização legal, executar serviços de feitura de bilhetes de loteria em lugar onde não se pudesse circular e até realizar o jogo do bicho eram ilícitas, consistindo as práticas em contravenções penais.

Com a superveniência do Decreto-lei nº 6.259, de 1944 – DL 6.259 foram revogados os artigos supramencionados. Esse Decreto dispõe sobre o serviço de loterias e dá outras providências. Estabelece, basicamente, que somente a União ou os Estados poderão explorar ou conceder serviço de loteria, em total contradição ao fundamento utilizado pelo próprio Estado quando decidiu criminalizar os jogos de azar.

Embora tenha surgido um novo Decreto em 1967, que revogou parte do DL 6.259, este não sofreu grandes alterações e, portanto, merece ser analisado neste tópico.

Os artigos 45 a 58 da norma sob comento tratam das mesmas condutas descritas no artigo 51 a 58 da LCP, praticamente reproduzindo os tipos descritos nesta e, portanto, revogando-os tacitamente. Como não se faz necessária a transcrição de todos os textos, serão expostos apenas alguns artigos, a título de exemplo, para demonstrar essa coincidência entre os tipos.

O artigo 51 da LCP tratava da loteria não autorizada, prevenindo a conduta de “promover ou fazer extrair loteria, sem autorização legal”, estendendo-se os efeitos da condenação à perda dos moveis existentes no local. O artigo 45 do DL n. 6.259 prevê basicamente a mesma conduta, assim dispendo:

Art. 45. Extrair loteria sem concessão regular do poder competente ou sem a ratificação de que cogita o art. 3º.

Percebe-se que a conduta continua praticamente a mesma na nova redação. No mesmo sentido, o artigo 53 da LCP tratava das loterias estaduais, tipificando a condu-

ta de “introduzir, para o fim de comércio, bilhete de loteria estadual em território onde não possa legalmente circular”. Demais disso, no parágrafo único dispunha que incorria na mesma pena quem “vende, expõe à venda, tem sob sua guarda, para o fim de venda, introduz ou tenta introduzir na circulação, bilhete de loteria estadual, em território onde não possa legalmente circular”. Esse artigo foi tacitamente revogado pelos artigos 46, 48 e 50 do DL n. 6.259. Como o artigo 46 foi analisado anteriormente, transcrevem-se apenas os artigos 48 e 50 do DL n. 6.259:

Art. 48. Possuir, ter sob sua guarda, procurar colocar, distribuir ou lançar em circulação bilhetes de loteria estadual fora do território do Estado respectivo

Art. 50. Efetuar o pagamento de prêmio relativo a bilhete de loteria estrangeira ou estadual que não possa circular legalmente no lugar do pagamento.

Continuou tipificado, portanto, praticamente a mesma conduta, apenas deixando de se exigir o fim de comércio. Ressalta-se, por oportuno, que as loterias estaduais foram proibidas posteriormente, por meio do Decreto-lei nº 204, de 1967 – DL 204, sendo preservadas, porém, as loterias estaduais já existentes antes da publicação desse novo Decreto. Sendo de grande relevância para o presente estudo, esse o DL 204 será estudado com maiores detalhes em momento posterior.

Está evidente a coincidência legislativa. No entanto, merece destaque a mudança do artigo 58 da LCP, que tratava do famoso jogo do bicho, consistente na conduta de “explorar ou realizar a loteria denominada jogo do bicho, ou praticar qualquer ato relativo à sua realização ou exploração”. Com o advento do DL 6.259 foi revogado o referido artigo, passando a ser disciplinado o jogo do bicho de forma muito mais precisa no artigo 58 do novo Decreto, com a seguinte redação:

Art. 58. Realizar o denominado "jôgo do bicho", em que um dos participantes, considerado comprador ou ponto, entrega certa quantia com a indicação de combinações de algarismos ou nome de animais, a que correspondem números, ao outro participante, considerado o vendedor ou banqueiro, que se obriga mediante qualquer sorteio ao pagamento de prêmios em dinheiro.

§ 1º Incorrerão nas penas estabelecidas para vendedores ou banqueiros:

- a) os que servirem de intermediários na efetuação do jôgo;
- b) os que transportarem, conduzirem, possuírem, tiverem sob sua guarda ou poder, fabricarem, darem, cederem, trocarem, guardarem em qualquer parte, listas com indicações do jôgo ou material próprio para a contravenção, bem como de qualquer forma contribuírem para a sua confecção, utilização, curso ou emprêgo, seja qual for a sua espécie ou quantidade;

c) os que procederem à apuração de listas ou à organização de mapas relativos ao movimento do jôgo;

d) os que por qualquer modo promoverem ou facilitarem a realização do jôgo.

§ 2º Consideram-se idôneos para a prova do ato contravencional quaisquer listas com indicações claras ou disfarçadas, uma vez que a perícia revele se destinarem à perpetração do jôgo do bicho.

§ 3º Na ausência de flagrante, instaurar-se-á o necessário processo fiscal, cabendo a aplicação da multa cominada neste artigo à autoridade policial da circunscrição, com recurso para o Chefe de Polícia, atribuídos aos autuantes 50% das multas efetivamente recolhidas.

Percebe-se que o legislador foi muito mais cauteloso na edição da nova redação, incluindo a definição do jogo do bicho, devido sua importância, pois, como se sabe, é um dos jogos de azar mais praticados em sociedade. A par disso, o DL 6.259, no seu artigo 59, estipulou que a prática do jogo do bicho é uma contravenção inafiançável.

Ainda no que tange ao jogo do bicho, ressalta-se que o § 3º desse artigo foi revogado pela Lei nº 1.508, de 1951, que regula o processo das contravenções do artigo 58 e 60 da LCP.

Por fim, ressalta-se que o mesmo Decreto, no seu artigo 60, caput e parágrafo único, “a” e “b”, dispôs a respeito de jogos sobre corridas de cavalo, já disciplinada no artigo 50, § 3º da LCP. No entanto, a confusão legislativa findou em 1946, com o advento do DL 9.215, que restaurou a vigência integral do artigo 50 e seus parágrafos da LCP, os quais vigoram até hoje.

Conclui-se que o DL 6.259 revogou os artigos 51 a 58 da LCP, prevendo praticamente as mesmas condutas, no entanto, ressalta-se que previu penas mais severas para todas elas. Houve nada mais que um retrocesso. Revogaram-se contravenções que já deviam ter sido revogadas pelos costumes da sociedade, em respeito ao princípio da adequação social, visto que sequer merecem proteção penal.

Pelos dispositivos do Decreto, percebe-se que o governo podia explorar livremente a loteria ou conceder permissão para que alguns particulares também o fizesse. Em 27 de fevereiro de 1967 sobreveio, porém, o DL 204, que regulou os serviços de loteria de forma mais exaustiva, revogando, inclusive, a possibilidade de concessão para que os particulares exerçam essas atividades, bem como a possibilidade de abertura de novas loterias

estaduais.

Acontece que, mesmo depois da publicação do Decreto que regulamenta a exploração das loterias, a prática dessa atividade continua sendo permitida e livremente exercida pelo Poder Público. Assim, resta a dúvida: se o objetivo da criminalização dos jogos de azar é preservar a moral e os bons costumes, esse “bem jurídico” estará sendo protegido com a exploração livre pelo Poder Público? Então se proíbe que o particular explore livremente os jogos de azar, mas caso o Poder Público o faça não há ofensa à lei? A contradição da lei é patente, merecendo maiores considerações no próximo capítulo.

Decreto-lei nº 204, de 1967

Ainda no que tange às loterias, de extrema importância a análise do Decreto-lei nº 204 de 1967, que vigora até hoje. Basicamente, ele trata de forma detalhada sobre a exploração das loterias pela União. O DL 6.259, já estudado anteriormente, tratava dos serviços de loterias, cominando penas para quem realizasse essa prática na clandestinidade (sem autorização do governo, fora dos limites da lei etc.). Já o DL 204 cuidou de regulamentar pormenorizadamente a exploração da loteria, revogando, inclusive, parte do DL 6.259.

No seu 1º artigo, o DL 204 estabelece que “a exploração de loteria, como derrogação excepcional das normas do direito penal, constitui serviço público exclusivo da União não suscetível de concessão” e só será permitida nos termos do próprio Decreto. Percebe-se que o legislador reconhece a ofensa (“derrogação excepcional”) às normas penais quando admite a exploração de loterias (modalidade de jogos de azar) pela União.

Como se não bastasse, o preâmbulo do DL 204 fundamenta suas disposições, dentre outros argumentos, considerando que a exploração de loteria constitui uma exceção às normas de direito penal, só sendo admitida com o sentido de redistribuir os seus lucros com finalidade social em termos nacionais. Mais uma vez patente o reconhecimento do legislador de que violou as normas do direito penal ao permitir a exploração desse jogo de azar pela União, justificando sua atitude apenas pelo fato dos lucros se destinarem a finalidades de caráter social. Ora, não pode a União infringir normas apenas sob o fundamento de que os benefícios (no caso, o lucro) serão destinados para o bem da comunidade.

Se, como alegam os nossos governantes, o bem jurídico é de tamanha relevância que merece proteção penal, não pode o governo dispor desse bem em seu favor. Seria o mesmo que admitir, por exemplo, que seus funcionários praticassem estelionato com os usuários do serviço público, sob o fundamento de que os lucros seriam revertidos para a educação. O fundamento não é suficiente.

Insta salientar que, nas duas redações (preâmbulo e artigo 1º do DL 204), o legislador optou pelo termo “norma”, o que demonstra a ofensa não apenas às leis (no caso, o artigo 50 da LCP), mas também aos princípios norteadores do nosso sistema democrático de direito, o que torna a violação ainda mais grave.

Outro lado do artigo 1º do DL 204 é a revogação das disposições do DL 6.259 que permitiam a concessão dos serviços de loteria para os particulares, sendo agora um serviço público exclusivo da União – explorado pela Caixa Econômica Federal, nos termos do artigo 2º do Decreto-lei nº 759, de 1969. Assim, apenas e tão somente a União é legítima para explorar a loteria.

Da mesma forma, o DL 204 proibiu a promoção de loterias promovidas pelos Estados, que eram permitidas na redação do DL 6.259, sendo resguardadas apenas as já existentes até a vigência do novo diploma normativo. Ressalta-se que as loterias estaduais já existentes devem se restringir aos limites em que operacionalizadas, nos termos do § 1º do artigo 23 do Decreto, que assim dispõe:

Art 32. Mantida a situação atual, na forma do disposto no presente Decreto-lei, não mais será permitida a criação de loterias estaduais.

§ 1º As loterias estaduais atualmente existentes não poderão aumentar as suas emissões ficando limitadas às quantidades de bilhetes e séries em vigor na data da publicação deste Decreto-lei.

§ 2º A soma das despesas administrativas de execução de todos os serviços de cada loteria estadual não poderá ultrapassar de 5% da receita bruta dos planos executados. [Grifo nosso]

A Lei nº 9.615, de 1998 – “Lei Pelé”

Outra espécie de jogos de azar que passou por controvérsias legislativas foi o tão conhecido jogo do bingo, no qual se utilizam cartões numerados e se retiram de um mesmo recipiente vários números, passando os jogadores a marcar os números que vão saindo do

recipiente em seus cartões.

Inicialmente, o bingo era considerado jogo de azar e, portanto, proibido em todo o território nacional, visto que se classificava como contravenção penal (artigo 50 da LCP).

Com o surgimento da Lei nº 8.672, de 1993 – também denominada “Lei Zico” -, o bingo passou a ser permitido no Brasil. Em 1998 adveio a Lei nº 9.615 - “Lei Pelé”, que revogou a “Lei Zico”, dispondo sobre o desporto e outras providências. Essa nova lei, embora tenha revogado totalmente a anterior, manteve a permissão da prática dos jogos de bingo em todo território nacional, desde que executada direta ou indiretamente pela Caixa Econômica Federal.

Acontece que a Lei nº 9.981, de 2000 revogou, a partir de 21/12/2001, todo o Capítulo IX da “Lei Pelé”, tornando novamente o bingo uma contravenção penal, qual seja, a de jogo de azar. Porém, as permissões concedidas na vigência da “Lei Pelé” foram mantidas, com validade certa.

BEM JURÍDICO PROTEGIDO

O artigo 1º da CFRB/1988 estabeleceu que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado democrático de direito. Com isso, quis dizer que o Estado brasileiro tem como objetivo primar pela garantia das liberdades e direitos fundamentais de seus cidadãos. Assim, não se limitará a não interferir na vida privada para garantir a liberdade dos indivíduos: deverá também realizar prestações positivas - intervindo para concretizar os preceitos assegurados na Constituição.

O Estado democrático de direito surge de uma evolução do Estado de direito, mais precisamente, de três gerações. Traçando o mesmo caminho dos direitos fundamentais, o Estado democrático de direito, na primeira geração, pautava-se em garantir as liberdades individuais. Já na segunda geração, buscou se assegurar os direitos sociais, culturais e econômicos. Por fim, na terceira geração concentrou-se em garantir os direitos à qualidade de vida, meio ambiente, biotecnologia e etc. Passou-se, portanto, por um Estado Liberal de Direito, para um Estado Social de Direito e, finalmente, um Estado Constitucional de Direito.

Vale lembrar que os direitos das diferentes gerações não se anulam: vivem em conjunto, acrescentando mais proteções aos indivíduos com a evolução de geração para geração. Ressalta-se também que os direitos humanos estiveram sempre presentes, no entanto, com diferentes roupagens, sendo hoje um dos pilares do nosso ordenamento jurídico. Nesse sentido, Prado (2013, p. 76) arremata dizendo:

Os direitos humanos de primeira geração são considerados direitos de defesa da liberdade individual, ao passo que de segunda se traduzem em direitos de participação, que requerem uma política ativa do poder público no sentido de garantir seu exercício e são realizados por meio de prestações e serviços públicos.

Tendo isso em vista, pode-se dizer que hoje o direito penal é exercido pelo Estado de forma que, em certos momentos, interfere na vida privada (prevendo tipos penais e cominando penas para os criminosos), mas em outros se limita a deixar a proteção do indivíduo aos outros ramos do direito ou sem proteção alguma (nos casos em que a lesão é tão pequena que não merece a intervenção estatal).

No Estado democrático de direito, o direito penal deve ser visto sempre ao lado do conceito de bem jurídico, pois este é que vai tornar a atuação estatal legítima. O direito penal interfere em um dos direitos de maior relevância para o indivíduo, qual seja, a sua liberdade. Assim, o Estado apenas poderá utilizar o direito penal, intervindo na liberdade do indivíduo, quando houver extrema necessidade, ou seja, quando existir ofensa a um bem jurídico de grande importância para a sociedade.

Nesse sentido, Pinho (2009, p. 66) vê o bem jurídico como verdadeiro limitador ao exercício do poder de punir do Estado. Ferrajoli *apud* Pinho (2009, p.

66) defende que “o bem jurídico há de servir como instrumento de deslegitimação do sistema penal, através do fornecimento de referenciais negativos, que permitam afirmar o que não pode ser objeto de repressão penal”.

Não é outro o entendimento de Masson (2014, p. 10), o qual afirma que “A proteção de bens jurídicos é a missão precípua, que fundamenta e confere legitimidade ao Direito Penal”.

Tendo isso em vista, passa-se à análise do bem jurídico atingido nos jogos de azar, qual seja, a moral e os bons costumes.

A LCP prevê, em seu Capítulo VII, as Contravenções Relativas à Polícia de Costumes. Nesse capítulo foram elencadas as condutas que afetam valores éticos e morais, tendo como sujeito passivo a coletividade, que é titular dos bons costumes, e o Estado, que detém o monopólio do controle de jogos de azar no Brasil (GOMES e CUNHA, 2009, p. 120).

Talvez antigamente houvesse fundamentos para a chamada “Polícia de Costumes”, uma vez que à época da criação dessa norma o direito penal de fato buscava coibir práticas que atingissem valores éticos e morais. No entanto, não há como negar que atualmente essa “Polícia de Costumes” perdeu a razão de existir, inclusive com a vigência da CRFB/1988, que trouxe, indiscutivelmente, um novo modelo penal: mínimo, democrático e limitador do poder de punir do Estado.

Ora, como dito anteriormente, o Estado democrático de direito tem como preceito básico assegurar a concretização dos direitos e garantias fundamentais, exercendo um papel de assegurador da justiça material. Assim, não pode punir uma conduta que não ofende de fato um bem jurídico relevante para o direito penal, pois não estaria realizando sua verdadeira função, mas sim exercendo seu poder de forma ilegítima.

Nesse contexto, afirma Pinho (2009, p. 68):

O estado de polícia cedeu lugar ao estado democrático de direito e, assim, usar a repressão penal para proteger interesses que dizem tão somente com valores ético-administrativos do estado, sem a presença de nenhum bem jurídico individual (ou coletivo), é totalmente ilegítimo.

Com o advento da CRFB/88, portanto, pode-se dizer que o tipo previsto no artigo 50 da LCP perdeu o sentido, devendo ser revogado.

Não podemos esquecer que a LCP surgiu em um período de maior repressão pelo Estado, pois se encontrava em um contexto autoritário, de ditadura, referente ao Estado Novo de Getúlio Vargas. Portanto, pode-se até compreender (ainda que restem dúvidas) a tipificação dos jogos de azar em contravenção penal no contexto em que surgiu. Porém, atualmente não pode se admitir tal disposição legal, tendo em vista o princípio da ofensividade.

Os jogos de azar encontram ampla aceitação social atualmente, sendo até explo-

rados pelo governo livremente, conforme visto no tópico anterior. Mais do que aceitação social, pode-se dizer que os jogos de azar viraram tradição, pois muitos apostam quase toda semana, seja na loteria autorizada, seja no jogo do bicho ou até em um jogo de cartas. Portanto, que bem jurídico está sendo protegido? Nenhum, pois a prática já é aceita pela sociedade.

Por outro lado, ainda que se aceite a tese de que o bem jurídico moral e bons costumes esteja sendo ofendido pelos jogos de azar, não podemos esquecer que o Estado explora tais atividades. Por que os jogos de azar ofendem a moral e bons costumes quando praticados ou explorados por particulares, mas quando o Estado os explora não há ofensa a bem jurídico algum? Não faz sentido. É o mesmo que dizer que o Estado pode roubar ou extorquir alguém e não está praticando um crime.

Embora muitos utilizem o argumento de que a proibição dos jogos de azar garante a paz social, evitando que os ébrios habituais e vadios se entreguem à uma vida desregrada e de vadiagem, inconcebível que o direito penal interfira na intimidade dessas pessoas – ou de quaisquer outras. Ressalte-se que os próprios termos “ébrio” e “vadio” são juízos de valor formulados arbitrariamente, juízos esses que, às vezes, implicam em verdadeiros discursos de higienização social.

O Estado respeitar a liberdade que o indivíduo tem de viver a sua vida da maneira que deseja, desde, é claro, que não desrespeite os direitos alheios. Afinal, o direito à liberdade é um dos direitos fundamentais assegurados na CFRB/1988.

No caso dos jogos de azar, portanto, bem se vê que não há ofensa a bem jurídico alheio algum, devendo a prática dos jogos e o estilo de vida dos jogadores serem respeitados pelo Estado, inclusive para garantir os preceitos do Estado democrático de direito. Ainda que se admita que há bem jurídico a ser protegido nesses casos, que seja esse tutelado por outro ramo do direito que não o direito penal, pois este é a última via.

A IMPROPRIEDADE DA TIPIFICAÇÃO DOS JOGOS DE AZAR

JOGOS DE AZAR COMO PRÁTICA SOCIALMENTE ACEITA E A FUNÇÃO ÉTICO-SOCIAL DO DIREITO PENAL

Sabe-se que a prática dos jogos de azar é muito comum no território nacional, seja na exploração clandestina (como o jogo do bicho), seja na legalidade (como a Mega-Sena). Em ambos os casos, é difícil encontrar quem reprove essa prática atualmente, visto que os jogos de azar há muito tempo são aceitos pela sociedade.

Como já foi dito anteriormente, a proibição se deu no ano de 1946, sob a alegação de que os jogos de azar atentavam contra a moral e os bons costumes, sendo esses os bens jurídicos resguardados com a tipificação, havendo grande apoio das classes mais conservadoras da sociedade, da igreja e até da mídia da época. Compreende-se, portanto, que houve certo tempo em que se justificava a tipificação dos jogos de azar, pois à época de sua proibição ainda havia um sentimento de reprovação social a essa prática.

No entanto, atualmente, não se pode mais dizer o mesmo, pois tanto os jogos autorizados como os proibidos são explorados em larga escala, sem sofrer preconceitos. A loteria autorizada, explorada pela Caixa Econômica Federal, arrecada fortunas nos seus sorteios. A título de exemplo, em dezembro de 2013, as apostas apenas para a famosa “Mega-Sena da Virada” arrecadaram o total de R\$ 758.218.978,00 (setecentos e cinquenta e oito milhões, duzentos e dezoito mil, novecentos e setenta e oito reais)⁸.

Da mesma forma, os jogos de azar não autorizados recebem milhares de apostas a todo momento, movimentando cerca de R\$ 18 bilhões por ano⁹. Segundo informações de julho de 2014, do Núcleo de Repressão aos Crimes Econômicos (NURCE), apenas o jogo do bicho movimentava cerca de R\$ 12 milhões mensais apenas na cidade de Curitiba¹⁰.

⁸ Bem se vê, portanto, que os jogos de azar, sejam autorizados ou não, possuem um *8 Mega da Virada tem quatro ganhadores; cada bilhete pagará R\$ 56,1 milhões. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/12/31/mega-da-virada.htm>>. Acesso em 26/10/2014.*

⁹ *Projeto de Senador Legaliza Jogos de Azar Praticados no País. Disponível em: <<http://www.diariodopoder.com.br/noticias/projeto-de-senador-legaliza-jogos-de-azar-praticados-no-pais/>>. Acesso em: 15/11/2014.*

¹⁰ *VIEIRA, Nileide. Jogo do Bicho movimentava R\$ 400 mil por dia em Curitiba, diz polícia. Disponível em: <<http://cgn.uol.com.br/noticia/100057/jogo-do-bicho-movimenta-r-400-mil-por-dia-em-curitiba-diz-policia>>. Acesso em 26/10/2014.*

grande número de apostadores, o que nos faz crer que são amplamente aceitos pela população brasileira. Demais disso, as pessoas que não apostam não se sentem ofendidas pela prática dos jogos, ou seja, não possuem sentimento de reprovação. Podemos até dizer que, mais do que aceitos, os jogos de azar estão arraigados nos costumes da sociedade. Não há ofensa à moral e aos bons costumes e, portanto, a tipificação carece de bem jurídico a ser protegido.

Ainda que se admita a existência de um bem jurídico a ser protegido no caso, sob uma visão minimalista do direito penal, temos que analisar ainda se a conduta é ou não tolerada socialmente. Se for tolerada não poderá haver criminalização, pois caso contrário estaria fomentando indiretamente a prática de delitos, já que as pessoas não deixariam de praticar comportamentos a que estão acostumadas (GRECO, 2005, p. 31).

Nesse mesmo sentido, há de ser analisado o princípio da adequação social, o qual preceitua que o legislador deve selecionar as condutas ofensivas aos bens jurídicos mais importantes para a sociedade antes de tipificá-las, bem como o intérprete deve analisar a conduta de acordo com a realidade social na qual está inserido o agente. Assim, tem-se que a conduta deve estar em desacordo com os costumes da sociedade tanto no momento de sua tipificação como no momento de sua interpretação e aplicação ao caso concreto.

No caso dos jogos de azar, não há dúvidas de que recebem ampla aceitação social, como já foi dito anteriormente. Assim, visto sob a ótica dos princípios da intervenção mínima, da lesividade e da adequação social, evidente que já foram revogados pelos costumes e não merecem sofrer restrições penais. Partindo do mesmo entendimento, Greco (2005, p. 95) assevera que:

Pelo exposto, demonstramos que o princípio da adequação social servirá, inicialmente, como orientação para o legislador quando da criação ou da revogação de figuras típicas. Mencionamos também a revogação em virtude do fato de que condutas que no passado eram consideradas inadequadas socialmente, se hoje já não mais gozarem desse status, a sua proibição deve ser retirada de nosso ordenamento jurídico-penal, a exemplo do que ocorre com a contravenção penal do jogo do bicho.

Santos *apud* Greco (2005, p. 96) reconhece que há duas opiniões a respeito da adequação social, uma admitindo que ela exclui a tipicidade da conduta e outra que a vê como justificante, exculpante ou como princípio geral de interpretação da lei penal. A posi-

ção adotada neste trabalho é justamente a primeira, entendendo-se que quando se tratar de conduta socialmente aceita o fato deve ser considerado atípico. Desta forma, os jogos de azar devem ser considerados como figura atípica, visto que são perfeitamente aceitos pela sociedade.

A doutrina vem-se inclinando exatamente nesse sentido. Nucci (2013, p. 166-167), por exemplo, afirma que “inúmeros jogos de azar contam, atualmente, com a aceitação consensual da sociedade, motivo pelo qual não podem ser considerados ofensivos aos bons costumes. Passam a constituir fatos atípicos”. Também levando em consideração o princípio da adequação social, explicando que não há sentido em insistir na reprimenda dos crimes sem vítima, Queiroz (2008, p. 48) defende que a contravenção do jogo do bicho deve apenas ser objeto de regulamentação administrativa.

Ressalta-se ainda que, embora os tribunais superiores insistam na aplicação do artigo 50 da LCP, muitos são hoje os pedidos de arquivamento levados pelo Ministério Público ao judiciário, pleiteando o reconhecimento da atipicidade dessa conduta em razão de já ter sido revogada pelos costumes, o que aqui procuramos demonstrar como forma de indicar uma tendência. Encontramos julgado que já tende a esse posicionamento, senão vejamos:

PROCESSO: 00227824420138140401 Ação: Termo Circunstanciado em: 29/05/2014 AUTOR DO FATO:MARIA DE LOURDES ROMAO OLIVEIRA VÍTIMA:O. E. AUTORIDADE POLICIAL:KLELTON MAMED DE FARIASDPC. Proc. 0022782-44.2013.814.0401 Autora do fato: MARIA DE LOURDES ROMÃO OLIVEIRA Vítima: O Estado Capitulação Penal: Art. 50 da LCP DECISÃO Vistos, etc. Trata-se de pedido do Ministério Público de arquivamento dos presentes autos, sob o fundamento de impossibilidade de se sustentar a imputação da prática da contravenção penal prevista no art. 50 da LCP (jogo de azar), por se tratar de conduta em que estão ausentes a lesividade, ofensividade e adequação social, elementos necessários à criminalização, bem como por descrever o TCO situação que sugere, em tese, infração penal mais grave, praticada em detrimento da União (fls. 45/48). Requereu o Parquet, ainda, que as peças de procedência estrangeira fosse encaminhadas à Justiça Federal, juntamente com a cópia de todos os documentos que instruem os presentes autos a fim de serem tomadas as providências cabíveis. Passo a decidir: **Sabe-se que a contravenção penal em questão, isoladamente considerada, isto é, desde que não esteja ligada a infrações penais mais graves, é amplamente aceita pela população brasileira, motivo pelo qual não se pode olvidar a existência do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, ou ultima ratio, que limita o poder de punir do Estado, restringindo a sua intervenção as condutas lesivas a bem jurídico alheio mais importante, despenalizando as condutas aceitas e que não causem danos ao interesse**

coletivo. In casu, analisando o que consta no presente Termo Circunstanciado de Ocorrência e os fundamentos da manifestação do órgão Ministerial às fls. 45/48, vislumbro pela impossibilidade de se sustentar a imputação descrita nos autos, tendo em vista os princípios da intervenção mínima do Direito Penal e da lesividade. Isto posto, pelos fundamentos acima, acolho, em parte, o parecer do Ministério Público, para, em consequência, DETERMINAR o ARQUIVAMENTO dos presentes autos, nos termos do art. 28 do CPP, tendo em vista a falta de justa causa para ação penal. Quanto aos bens e valores apreendidos nos presentes autos, descritos no auto de apreensão às fls. 08, Termo de Recebimento de Objeto (s) às fls. 25, comprovante de depósito dos valores fls. 19/20 e Laudo Pericial nº 60/2 01 3 às fls. 36/43, que atesta ter sido encontrado nos materiais apreendidos periciados (máquinas caça-níqueis), componentes de origem estrangeira, portanto, existindo indício de crime contra interesse da união (ocorrência, em tese, de crime de contrabando/descaminho previsto no art. 334 do CPB), que não é de competência deste Juizado Especial Criminal, nos termos do art. 109, inciso IV, da Constituição Federal, considerando o parecer do Ministério Público, decido: I- Encaminhem-se cópia integral dos presentes autos à Justiça Federal Seção Judiciária do Estado do Pará para as providências que entender cabíveis; II- Com relação aos bens apreendidos oficie-se à Justiça Federal informando que os mesmos encontram-se à sua disposição; III- Quanto aos valores apreendidos, oficie-se à Justiça Federal informando que, também, se encontram à sua disposição, depositados no Banco do Estado do Pará na subconta do TJE-PA, conforme fls. 19/20. IV- Comunique-se à autoridade policial a presente decisão. Cumpridas as diligências supracitadas e as necessárias anotações/comunicações, arquivem-se. Notifique-se o Ministério Público. Intimem-se. Cumpra-se¹¹. [Grifo nosso]

Chega-se à conclusão de que o artigo 50 da LCP merece ser revogado pelo princípio da adequação social. Todo o exposto nos faz crer que não há bem jurídico algum a ser resguardado, visto que é uma conduta aceita na sociedade, longe de atentar contra a moral e os bons costumes e, ainda que se considere existente um bem jurídico nesses casos, não são práticas consideradas intoleráveis pela população.

Nesse contexto, vale retomar o que foi estudado no primeiro capítulo, sobre as teorias da pena, uma vez que explicam a própria função do direito penal. Como já foi dito, embora cientes das grandes divergências na matéria, assumimos como mais próxima do direito penal brasileiro a teoria legitimadora eclética, para a qual a pena apenas se justifica quando atender aos preceitos de justiça e utilidade, tornando o Estado legítimo para intervir na esfera da liberdade dos indivíduos. Nas palavras de Queiroz, (2008, p. 94) “a pena, ainda que justa, não será legítima se for desnecessária (inútil), tanto quanto se, embora necessária (útil), não for justa”.

¹¹ Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Termo Circunstanciado. Processo nº 00227824420138140401. Juiz de Direito Titular da 4ª Vara de Juizado Especial Criminal: Ricardo Salame Guimarães, julgado em: 28/05/2014. Data da Publicação: 03/06/2014. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/71237509/djpa-03-06-2014-pg-162>>. Acesso em: 20/10/2014

No caso dos jogos de azar, percebe-se que a pena é injusta, na medida que a conduta não atinge de fato um bem jurídico alheio e, mesmo que atingisse, não é de tamanha relevância que torne adequada a intervenção penal, comprometendo da mesma forma, os preceitos da própria pena. É, ainda, inútil (desnecessária), já que não é capaz de alcançar a ressocialização do apenado e muito menos de impedir que a sociedade continue explorando e praticando os jogos de azar, como ocorre na atualidade, em que os jogos de azar são proibidos mas largamente praticados. Assim, em todo caso, a pena imposta aos exploradores ou praticantes dessa conduta é ilegítima.

Em outro giro, não podemos esquecer que o Estado, apesar de criminalizar a prática, é o maior explorador dos jogos de azar atualmente, movimentando milhões de reais a cada jogo da Lotofácil, por exemplo. Inconcebível, portanto, que exista um bem jurídico a ser protegido e, no entanto, o Estado explore os jogos de azar livremente.

Percebe-se que há uma verdadeira afronta aos preceitos do Estado democrático de direito, bem como aos princípios já colacionados. Se o Estado afirma que há bem jurídico de tamanha relevância a ponto de merecer intervenção penal, como pode realizar a mesma prática em tão grande escala? Há de se convir que o Estado adotou uma posição extremamente autoritária, passando por cima dos princípios gerais e constitucionais do direito.

Impõe-se a intervenção do direito penal para os particulares, interferindo em um de seus direitos fundamentais, qual seja, a sua liberdade, mas permite que o Estado explore a mesma conduta. Trata-se de verdadeira incongruência e utilitarismo do Estado que, ao mesmo tempo em que tenta impor uma ideia de imoralidade da conduta, incentiva que os indivíduos a pratiquem.

Destaca-se que, da mesma forma que pode haver ébrios habituais e viciados em jogos de azar frequentando cassinos explorados por particulares, há pessoas com esse mesmo perfil jogando na Mega-Sena atualmente. Assim, a ofensa à moral e aos bons costumes existiria nos dois casos.

O próprio legislador reconhece que há violação às normas penais quando permite a exploração dos jogos de azar pelo Estado. O preâmbulo do DL 204 dispõe que “a exploração de loteria constitui uma exceção às normas de direito penal, só sendo admitida com

o sentido de redistribuir os seus lucros com finalidade social em termos nacionais”.

A justificativa do Estado recai sobre o fato de que os lucros se destinam a finalidades de caráter social. Todavia, não pode infringir as normas apenas sob o fundamento de que os benefícios (no caso, o lucro) serão destinados para o bem da comunidade. O fim não justifica os meios. Seria o mesmo que permitir que funcionários públicos praticassem estelionato com os cidadãos desde que o lucro fosse aplicado na educação. Trata-se de uma justificativa completamente irracional e, sobretudo, inconstitucional.

A insistência em manter a criminalização dos jogos de azar demonstra a tentativa do Estado em impor valores ético-sociais há muito tempo modificados pela sociedade brasileira. No entanto, não é dever do direito penal exercer essa função moralizadora ou ética. Como já foi dito, o direito penal deve intervir apenas para defender bens jurídicos de extrema relevância à sociedade, não cabendo a ele a moralização dos cidadãos nem a melhora ética da sociedade (MOLINA e GOMES, 2012, p. 204).

Nesse sentido, Zaffaroni *et al.* (2013, p. 225) destacam que as garantias inseridas no texto constitucional, tais como a livre manifestação do pensamento e a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, impõem restrições à ingerência coativa do Estado, tendo como consequências que: a) o estado não pode estabelecer uma moral, pois se tornaria imoral; b) o estado ético deve garantir certa margem de liberdade moral aos seus cidadãos; c) não deve haver penas para condutas que expressem o exercício dessa liberdade.

O direito penal não pode ter um papel moralizador e não podemos esquecer-nos de que o direito deve servir ao homem e não o contrário. Não pode o Estado, portanto, impor aos indivíduos valores éticos e morais que não possuem, como acontece nos jogos de azar. Merece destaque os dizeres de Molina e Gomes (2012, p. 204-205):

Em uma sociedade pluralista e democrática não pode ser incumbência do Direito penal incidir na esfera interna do indivíduo, modificando seus padrões de valores (aliás, é bem provável que o Estado, mesmo que quisesse, jamais conseguiria esse desideratum). Tal ingerência é abusiva e imprópria, quando concretizada pelo Direito. Nada mais perigoso, por outro lado, que confundir as fronteiras do Direito com a Moral, pretendendo que o primeiro se transforme em instrumento de atitudes de adesão e de fidelidade.

Em um Estado democrático de direito, de fato é inconcebível que o direito penal

interfira na esfera íntima dos indivíduos com o objetivo de impor valores éticos e morais que a própria sociedade já não faz mais questão de manter, como acontece com os jogos de azar.

AFRONTA AOS DEMAIS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

Não podemos esquecer que vivemos em um Estado democrático de direito, onde o direito penal exerce um papel de ultima ratio, intervindo apenas no caso de ofensa a bens jurídicos de extrema importância a sociedade, devendo respeitar, além dos princípios gerais do direito, os princípios da intervenção mínima, fragmentariedade, adequação social, insignificância, ofensividade, proporcionalidade e, acima de tudo, dignidade da pessoa humana.

Como já foi demonstrado no presente estudo, não há como negar que a criminalização dos jogos de azar ofendem diretamente os princípios da intervenção mínima e da ofensividade, uma vez que o direito penal está tutelando uma conduta que não ofende bens jurídicos de grande importância para a sociedade, qual seja, a moral e os bons costumes. Está claro que a exploração desses jogos não gera um sentimento de reprovação social ao ponto de exigir a intervenção do Estado por meio do direito penal.

Nessa perspectiva, ainda que se admita a existência de bens jurídicos nesses casos, a intervenção de outros ramos do direito será suficiente para protegê-los. Até medidas não judiciais poderiam ser satisfatórias nesses casos, como projetos governamentais para desestimular a prática ou evitar o vício. Pode-se tomar como exemplo o caso do cigarro: embora não haja repressão penal, há investimentos do governo em meios para desincentivar o consumo, como nas imagens e mensagens nas carteiras de cigarro que mostram os malefícios da droga.

No caso dos jogos de azar, poderia haver intervenção estatal no sentido de desincentivar os ébrios habituais e viciados em jogos a se autodestruírem com apostas exageradas. Outra medida alternativa pode ser a cobrança de impostos altos para essa exploração, o que conseqüentemente desestimularia a prática. Enfim, caso se considere a existência de bem jurídico a ser protegido, há várias possibilidades de fazê-lo sem a intervenção penal, respeitando os princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade.

Nesse diapasão, destaca-se também a ofensa ao princípio da proporcionalidade com a insistência na tipificação dos jogos de azar. Este princípio preceitua que, tanto no momento de criar tipos penais, como também no momento de determinar a severidade da sanção que será aplicada, o legislador deve manter certo grau de proporcionalidade entre o comportamento e a penal. No entanto, não é o que se vê no caso dos jogos de azar, para os quais se cominam punições excessivas a comportamentos perfeitamente tolerados pela sociedade.

Demais disso, o princípio da insignificância exerce papel importante no que tange aos jogos de azar, pois preceitua que, mesmo que se considere que há bem jurídico (no caso, moral e bons costumes) sendo ofendido, se a lesão causada for ínfima, não há que se falar em punição ou sequer crime, embora o comportamento do agente se enquadre no tipo penal descrito no artigo 50 da LCP. Esse princípio é consequência dos princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade do direito penal.

Conforme já foi definido pela doutrina e jurisprudência do STF, o princípio da insignificância requer o preenchimento de quatro requisitos para sua aplicação: a) conduta minimamente ofensiva; b) ausência de periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; d) lesão jurídica inexpressiva.

Primeiramente, no que tange ao requisito da conduta minimamente ofensiva, como já foi dito, não restam dúvidas de que os jogos de azar não consistem em prática de fato ofensiva ao bem jurídico que afirma proteger (moral e bons costumes). Inclusive, questiona-se se de fato há um bem jurídico a ser ofendido nesses casos.

Quanto ao requisito da ausência de periculosidade social da ação, o argumento de que a proibição dos jogos de azar garante a paz social, evitando que os ébrios habituais e vadios se entreguem a uma vida desregrada e de vadiagem, não merece subsistir. Embora existam as pessoas que de fato se tornam viciadas em jogos e se entreguem a uma vida de vadiagem, não podemos dizer que geram de fato um risco à paz social. Várias pessoas se entregam a uma vida desregrada ao se viciar em álcool e festas, por exemplo, e isso não oferece risco à paz social. Não deve o direito penal intervir na vida íntima dos indivíduos por esse motivo. Caso alguém decida viver uma vida considerada desregrada, desde que não

ofenda bens jurídicos alheios, é direito dela.

Já no que tange ao reduzido grau de reprovabilidade da conduta, indiscutível que os jogos de azar preenchem tal requisito. Como foi dito anteriormente, essa prática não gera mais um sentimento de reprovação da sociedade. Na época da criação da norma ainda se justificava a tipificação, pois de fato havia certa intolerância da sociedade, que era conservadora e acreditava que os jogos de azar atentavam contra a moral e os bons costumes. Acontece que atualmente não há mais tal reprovação da sociedade. Tanto nos jogos explorados na legalidade como naqueles explorados na ilegalidade, há milhares de apostadores, o que demonstra que há aceitação social. Além disso, as pessoas que não jogam também não se sentem ofendidas.

Por último, no que tange à inexpressividade da lesão jurídica, tem-se que, ainda que se admita a ofensa à moral e bons costumes pelos jogos de azar, essa prática não tem lesividade suficiente para ensejar a intervenção do direito penal. Não se pode dizer que o indivíduo se sente expressivamente lesado com a prática de jogos de azar. Ressalta-se que os jogos sequer seriam praticados nas ruas, aos olhos de todos, haveria, como quando eram permitidos, cassinos em locais fechados, onde só entraria quem tivesse interesse nos jogos.

O fato de que poderia haver ébrios habituais viciados em jogos nas ruas não pode justificar a manutenção da criminalização dos jogos de azar, pois o vexame se daria em razão da ingestão do álcool e não da prática dos jogos. Por oportuno, vale salientar que, se houvesse de fato uma expressiva lesão jurídica causada pela prática dos jogos, provavelmente não seria tolerada a exploração pelo Estado.

Não podemos olvidar, também, que todos os princípios em análise encontram sustento no princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no artigo 1º, III, da CRFB/1988. Por este princípio, tem-se que todo ser humano é dotado de valores morais e espirituais, de onde decorrem todos os direitos e garantias fundamentais, servindo de fundamento para todo o ordenamento jurídico. Portanto, é necessário que toda norma se adeque à dignidade da pessoa humana para evitar eventuais inconstitucionalidades ou até violações diretas aos fundamentos do Estado democrático de direito.

Analisando os jogos de azar sob a ótica do princípio em comento, percebe-se verdadeira afronta aos direitos do ser humano e aos fundamentos do Estado democrático de direito, visto que se está restringindo a liberdade do ser humano de praticar uma atividade em nada lesiva ao próximo, fazendo com que o direito penal, que deve intervir apenas em último caso, ingresse na esfera íntima dos indivíduos, proibindo-os de levar um estilo de vida do modo que lhes convém.

Há quem defenda, inclusive, que com o advento da CRFB/1988, não se pode mais invocar a polícia de costumes para justificar quaisquer proibições penais, tendo em vista que o interesse dessas tipificações iria de encontro com os ideais de um Estado democrático de direito (PINHO, 2009, p. 68). Embora este estudo não veja a necessidade da revogação de todo o capítulo referente à polícia de costumes da LCP, e sim uma interpretação baseada nos princípios estudados, não se pode olvidar a inadequação do artigo 50 da LCP, pelo fato de não existir bem jurídico de relevância suficiente a ensejar proteção penal, devendo ser revogado.

Vale esclarecer que os princípios em análise não devem ser observados unicamente pelo legislador quando da criação da norma, mas também pelos intérpretes no momento de aplicá-las. No caso dos jogos de azar, tanto o legislador, que persiste em tipificar essa prática, como os intérpretes, que continuam punindo quem explora tais jogos, sem interpretar as normas penais em acordo com a CRFB/1988, estão equivocados e desrespeitando os princípios penais e constitucionais.

O ANTEPROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO PENAL: PROPOSTA DE CRIMINALIZAÇÃO DOS JOGOS DE AZAR

Preocupante não é apenas a resistência do poder público em reconhecer a revogação do tipo contravencional pelos costumes, mas também sua inclinação em reprimir cada vez mais essa conduta, inclusive, objetivando criminalizá-la.

O Projeto de Lei nº 236 de 2012, em trâmite no Senado Federal, tem como objeto a reforma do Código Penal brasileiro de 1940 e, dentre suas proposições, além de revogar toda a LCP, visa transformar a contravenção penal dos jogos de azar em crime. A sugestão

da Comissão de Juristas responsável pela elaboração do diploma é de que, no capítulo destinado aos crimes contra a paz pública, haja a previsão do crime de exploração de jogos de azar e do bicho, com a seguinte redação:

Jogos de azar e do bicho

Art. 258. Explorar jogos de azar e a loteria denominada jogo do bicho, sem autorização legal regulamentar: Pena – prisão, de um a dois anos.¹²

Primeiramente, oportuno esclarecer que, entre crimes e contravenções, a diferença de gravidade é meramente política, não havendo distinção no que tange à essência dessas infrações penais. Enquanto o crime, considerado infração mais grave, recebe pena de reclusão ou detenção (quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com pena de multa), a contravenção, considerada como as infrações de menor ofensividade, recebe pena de prisão simples ou de multa, isoladamente, nos termos do artigo 1º da Lei de Introdução do Código Penal (Decreto-lei nº 3.914, de 1941).

As penas de reclusão podem ser cumpridas nos regimes fechado, semiaberto ou aberto, enquanto que as de detenção só em regime semiaberto e aberto. Já a pena de prisão simples “deve ser cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semi-aberto ou aberto”, sendo necessária a separação desses indivíduos daqueles condenados a pena de reclusão ou detenção, conforme estabelece o artigo 6º, caput e § 1º, da LCP.

Atualmente, no caso dos jogos de azar, é possível apenas a pena de prisão simples, de três meses a um ano, e multa, conforme preceitua o artigo 50 da LCP. Na prática, pela exiguidade da pena cominada, em caso de condenação, é mais comum que seja aplicada apenas pena restritiva de direitos ou multa. Portanto, dificilmente a conduta resultará em encarceramento do indivíduo.

Todavia, caso seja aprovada a proposta do novo Código Penal, como se encontra, os praticantes ou exploradores de jogos de azar poderão ter de fato a sua liberdade restringida, já que o novo texto prevê pena de prisão de um a dois anos, evidenciando-se o aumento da severidade em que serão tratados esses indivíduos. Será um verdadeiro retrocesso.

¹² Texto extraído do Relatório Final do Anteprojeto do novo Código Penal. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>>. Acesso em: 15/11/2014. (p. 360)

No relatório final do anteprojeto de reforma do Código Penal, apresentado pela Comissão de Juristas responsável pela elaboração do texto normativo, afirmou-se que, na proposta:

Foram usados os critérios constantes do Plano de Trabalho da Comissão, aprovado no dia 18 de outubro de 2011, para a análise da legislação extravagante:

- a) da necessidade de adequação às normas da Constituição de 1988 e aos tratados e convenções internacionais;
- b) da intervenção penal adequada e conforme entre a conduta e a resposta de natureza penal por parte do Estado;
- c) da seleção dos bens jurídicos imprescindíveis à paz social, em harmonia com a Constituição;
- d) da criminalização de fatos concretamente ofensivos aos bens jurídicos tutelados;
- e) da criminalização da conduta apenas quando os outros ramos do direito não puderem fornecer resposta suficiente;
- f) da relevância social dos tipos penais;
- g) da necessidade e da proporcionalidade da pena.¹³

Afirmam, ainda, que esses critérios estão pautados em um “direito penal mais voltado para a sua funcionalidade social, em sentido forte, conjuntamente com o respeito à dignidade da pessoa humana”¹⁴.

Percebe-se, portanto, que a reforma do Código Penal tem por objetivo principal atualizar o texto normativo de 1940 para a realidade atual, buscando-se garantir sua consonância com os mandamentos da CRFB/88 e princípios do direito penal (em especial da intervenção mínima e lesividade). Também é notória a opção dos propositores do novo diploma em confirmar formalmente a função seletora e protetiva de bens jurídicos imprimida a esse ramo do direito.

Assim, inegável que a fundamentação do novo Código Penal, ao menos em tese, se mostra de acordo com o modelo de direito penal defendido neste estudo, qual seja, de um Direito Penal Mínimo, que tem por objetivo a proteção de bens jurídicos de maior relevância para a sociedade.

Acontece que há uma verdadeira contradição quando se trata de jogos de azar no novo diploma. Os fundamentos levantados no anteprojeto justificam a revogação dessa

¹³Texto extraído do Relatório Final do Anteprojeto do novo Código Penal. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>>. Acesso em: 15/11/2014. (p. 6)

¹⁴ *Ibidem*.

prática e não sua criminalização, que se coaduna em um tratamento ainda mais severo a uma conduta que nem sequer merece proteção do direito penal.

Se já havia ofensa aos princípios do direito penal com a tipificação da conduta pela LCP, o que dirá se transformá-la em crime, pois em que pese não haver de fato uma diferença entre crime e contravenção, a penalidade será maior, podendo gerar o encarceramento do indivíduo.

Nesse contexto, o princípio da proporcionalidade, que é um dos fundamentos do anteprojeto, ao invés de ser respeitado, foi ainda mais lesionado. Se os propositores insistem em considerar de extrema relevância o bem jurídico nesses casos, que transferisse a conduta para o novo Código Penal nos mesmos termos da redação anterior e não agravando a situação.

Na exposição de motivos do anteprojeto, os propositores limitam-se a afirmar que os jogos de azar serão criminalizados por ofenderem a paz pública¹⁵ (o que já demonstramos não ser verdade). A atitude autoritarista de nossos representantes, caso seja concretizada essa criminalização, será indiscutível, tendo em vista que persiste em punir condutas que já são aceitas pela sociedade e não viola os princípios fundadores de nosso ordenamento.

CRIMES QUE RODEIAM OS JOGOS DE AZAR

Um dos argumentos utilizados para a manutenção da tipificação dos jogos de azar é que, por trás deles, existe uma rede de criminalidade organizada: tráfico de drogas, contrabando de máquinas caça-níqueis, tráfico de armas, lavagem de dinheiro, organizações criminosas, homicídios na disputa de território, corrupção policial e de autoridades públicas nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (ARGUELLO, 2012, p. 240-241).

Acontece que, tal justificativa não é suficiente para impor a intervenção penal. Se o tráfico de drogas, corrupção policial e outros desse gênero existem, a atuação estatal para sua repressão deveria ser eficaz e direcionada diretamente a esses delitos e não tipificar

condutas que sequer são a causa desses crimes. Seria o mesmo que tornar boates em

15 Texto extraído do Relatório Final do Anteprojeto do novo Código Penal. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>>. Acesso em: 15/11/2014. (p. 358)

estabelecimentos ilegais, pelo simples fato de haver um grande comércio de drogas nesse meio.

Não pode o Estado transferir sua responsabilidade para o particular, punindo uma conduta que nem sequer merece proteção penal, simplesmente com o intuito de eximir-se da obrigação em reprimir os demais crimes escondidos por trás dela.

Insistir na intervenção penal no caso dos jogos de azar possui o efeito contrário do que pretende o governo, acaba incentivando os demais delitos, colocando os jogos na posição de verdadeiros mediadores e camuflagem para os outros crimes, dificultando a atuação do Governo quanto aos delitos que verdadeiramente merecem repressão. Partindo do mesmo posicionamento aqui adotado, Arguello (2012, p. 244), referindo-se aos jogos de azar, afirma que:

Os demais crimes que circundam a contravenção (especialmente a violência e a corrupção) advêm da própria ilegalidade. Pelo fato de não ser legalizado, há dificuldade de solucionar os conflitos mediante mecanismos judiciais, o que engendra a violência, tal como ocorre no tráfico de drogas, em razão da disputa territorial no mercado ilícito.

Da mesma forma, Queiroz (2008, p. 100-101), ao tratar das teorias deslegitimadoras da pena, assevera que é corrente o entendimento de que a atuação do sistema penal é muitas vezes criminógena, ou seja, ao invés de coibir determinadas condutas, faz com que estas se proliferem e outras atividades criminosas vicejem. Tomando como exemplo a repressão à contravenção do jogo do bicho e ao tráfico ilícito de drogas, arremata dizendo que:

[...] o direito penal, além de não inibir tais comportamentos, ao condená-los à clandestinidade, torna-os extremamente atraentes do ponto de vista econômico-financeiro, gerando entre os seus exploradores uma concorrência violenta e sanguinária. Com efeito, se, por um lado, esse comércio persiste e persistirá inevitavelmente, por outro, a proibição acaba por estimular uma série de outros males e crimes: contrabando de armas, extermínio de grupos rivais, frequentes confrontos violentos com a Polícia, lavagem de capitais e evasão de divisas, sonegação tributária, corrupção de agentes da segurança pública, criação de preços artificiais da droga, falta de controle sobre a qualidade da droga consumida e etc.

O Estado, pelo contrário, deveria permitir a exploração dos jogos de azar, para desincentivar essa rede de crimes organizados que circundam essa prática.

Não há como negar que o Estado brasileiro encontra-se em verdadeira situação de

desespero no que tange à segurança social, buscando medidas exageradas para garantir a paz social, inclusive com a criação de novas tipificações penais. No entanto, deve-se esclarecer que o crescimento dos crimes e a insegurança pública advêm da pobre atuação estatal para prevenção dos delitos. Não se investe em educação, não se aplicam as verbas na prevenção de crimes, etc.

A má administração do Estado acaba gerando bolsões de miséria, desigualdade social exacerbada, revolta da população e incentivo ao crime. No entanto, evidente que a criação de delitos não é a medida mais eficaz (nem mais justa) para solucionar esses problemas. Não deve se permitir a transferência da responsabilidade para os particulares. Se o governo é negligente com a educação do indivíduo, bem como não cria condições para uma vida digna, está justamente inclinando-o para uma vida de crimes.

Não pode o Estado partir do pressuposto de que, criando novas tipificações penais, resolverá os problemas da sua péssima administração. Descabe, muito menos, respaldar sua atitude autoritária nesses fundamentos, pois estaria violando os preceitos constitucionais do Estado democrático de direito.

Se há medidas menos gravosas para manter a paz, como o investimento em educação, melhoria da qualidade de vida, aumento do policiamento, etc, não pode ser imposta a intervenção do direito penal sobre condutas que não merecem repressão, por todos os princípios já analisados no presente estudo.

Nesse sentido, Greco (2005, p. 68) afirma que:

Novas infrações penais são criadas a todo momento, penas são aumentadas, o recrudescimento no cumprimento das penas é mostrado à sociedade como meio capaz de inibir a criminalidade organizada; enfim, a transformação do Estado social em um Estado penal faz emergir toda sorte de mecanismos que tendem a limitar, cada vez mais e por tempo maior, a liberdade do cidadão, quando, na verdade, todos sabem que, pelo menos quanto à criminalidade aparente, **não será o aumento do poder repressivo do Estado que fará com que os crimes violentos parem de ser praticados, mas sim quando o Estado efetivamente cumprir suas obrigações sociais para com seus administrados.** [Grifo nosso]

Assim, tem-se que a manutenção dos jogos de azar como contravenção penal, além de fomentar a rede criminosa que os circundam, está apenas mascarando a ineficácia da atuação do governo. Ao invés de caminhar para a menor intervenção nos conflitos

sociais, com maiores cotas de racionalidade e garantias para os indivíduos, como deveria ser, o direito penal está na verdade seguindo o lado oposto, sendo considerado atualmente um verdadeiro instrumento de “guerra”, revelando uma atitude inconstitucional e inconven- cional (MOLINA; GOMES, 2012, p.215).

Demais disso, levando em consideração o que foi esposado neste tópico, percebe- -se que esse argumento para a manutençã da criminalização dos jogos de azar se coaduna em verdadeira afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, restringindo a liberdade do indivíduo e fazendo-o pagar pela incompetência da administração do governo.

BENEFÍCIOS DA LEGALIZAÇÃO DOS JOGOS DE AZAR

Incontestável que a legalização dos jogos de azar é necessária para atender aos preceitos constitucionais do Estado democrático de direito, evitando que o direito pe- nal exerça uma função que não é de sua competência, qual seja, a função moralizadora. É patente a desnecessidade dessa tipificação penal, visto que constitui verdadeira con- tradição à realidade social, pois é uma prática mais do que aceita pela sociedade, podendo até ser considerada como uma tradição nacional.

Percebe-se que o Estado está exercendo um papel extremamente autoritário, im- pondo valores éticos e morais há muito modificados pela cultura nacional, além de se mos- trar totalmente contraditório pelo fato de que ele mesmo explora livremente uma conduta que afirma ser perigosa à segurança nacional e atentar contra a moral e os bons costumes. Com a legalização dos jogos haveria maior segurança jurídica e respeito aos preceitos as- segurados na CRFB/1988.

Considerando que os jogos de azar já estão arraigados na cultura nacional, insistir na sua tipificação é o mesmo que forçar os indivíduos a cometer ilícitos penais. Assim, além de respeitar os princípios constitucionais e penais já abordados nesse estudo, em especial o da adequação social, a legalização dos jogos evitaria a punição de condutas que sequer merecem ser consideradas ilícitos penais, visto que são aceitos pela sociedade e não afe- tam bem jurídico alheio.

Nesse diapasão, importante frisar mais uma vez que, ainda que se considere atin-

gido algum bem jurídico alheio com a prática dos jogos de azar, a legalização é medida que se faz necessária para atender aos mandamentos de nosso ordenamento, não afastando, todavia, a possibilidade da incidência de outro ramo do direito para reprimir a conduta.

Outro motivo para a legalização dos jogos de azar é o fato de que sua tipificação penal apenas colabora com a rede criminosa que os circundam, dificulta a ação policial e até judicial dos crimes envolvidos por detrás desse mercado (violência, corrupção, tráfico internacional, etc), além de torná-los mais lucrativos. Tornar essa prática em crime agravaria ainda mais a situação. Nesse sentido, são as palavras de Arguello (2012, p. 246):

A criminalização tornaria o negócio ainda mais lucrativo para o mercado das ilicitudes, para os que estão no topo da organização. Neste caso, sim, poderia se tornar um negócio para as máfias, tal como ocorreu com a Lei Seca nos EUA, ou como ocorre com a “guerra às drogas” no Brasil que, apesar de todo proibicionismo e militarização da segurança pública, não atingiu o objetivo de redução do consumo de drogas: somos o segundo maior consumidor de cocaína no planeta.

Não podemos virar as costas também à realidade carcerária do Brasil. Sabe-se que o sistema penitenciário está superlotado e carece de maiores investimentos. A insistência em se tipificar a prática e exploração dos jogos de azar, com a possível criminalização dessa conduta a partir da reforma do Código Penal (cominando-se pena maior do que a já existente) apenas aumentaria o déficit já existente.

Ressalta-se que o objetivo do trabalho não é defender a impunidade dos indivíduos que cometem ilícitos penais, pelo contrário, devem sim responder pela ofensa aos bens jurídicos alheios. O que se defende aqui é a desnecessidade de encarceramento no caso de jogos de azar, que constituem uma prática que não ofende bens jurídicos alheios ao ponto de exigir a intervenção do direito penal.

Da mesma forma que o sistema carcerário, sabe-se que os recursos destinados às agências oficiais de controle penal são escassos. Assim, com a legalização dos jogos de azar, esses recursos, já escassos, seriam destinados à persecução de delitos mais severos e que merecem, portanto, maior atenção dessas autoridades (ARGUELLO, 2012, p. 247).

Com a legalização dos jogos o governo passaria a tributar quem explora essa prática, sendo até mais benéfico para a máquina estatal, que, como dito, carece de maiores recursos para atender às demandas sociais. Corroborando esse fato, o senador Ciro No-

gueira, autor de projeto que legaliza o jogo no Brasil (Projeto de Lei do Senado n. 186 de 2014), afirma que a legalização de todas as modalidades de jogos poderia gerar uma arrecadação tributária anual em torno de R\$ 15 bilhões¹⁶.

Não é por outro motivo que a maioria dos países desenvolvidos permite a exploração dos jogos. Conforme alega o senador, dos 193 países-membros da Organização das Nações Unidas (ONU), menos de 25% mantêm o jogo na ilegalidade, sendo a grande maioria deles países islâmicos¹⁷.

Por fim, vale salientar que com a legalização dos jogos de azar haverá crescimento de empregos, tanto com a exploração direta dos jogos nos cassinos, como indiretamente nos hotéis e nas demais atividades que envolvem o turismo, que certamente aumentará também. Pode-se utilizar como exemplo Macau, zona administrativa da China que, no mês de julho de 2012, apresentou um crescimento no PIB per capita maior que da Suíça, ficando em 4º lugar na lista do Banco Mundial¹⁸. O sucesso dessa área se deu em razão da exploração dos jogos de azar, que apenas em 2013 trouxe US\$ 44 bilhões em receita, representando uma fonte de renda considerável e um avanço para a região, derrubando o desemprego para 1,7%¹⁹.

Para o Brasil a legalização dos jogos poderia representar um avanço similar ao que ocorreu em Macau, diminuindo a taxa de miserabilidade e desemprego hoje preocupante no país. Com a geração de empregos, aumenta a qualidade de vida das pessoas que hoje vivem na ilegalidade por essa tipificação ultrapassada, bem como daquelas que são atingidas indiretamente, gerando uma situação mais digna a essas famílias.

¹⁶ SENADO FEDERAL. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2014/07/07/comeca-a-tramitar-projeto-que-legaliza-jogos-de-azar/tablet>>. Acesso em: 14/11/2014.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Macau, a capital chinesa do jogo, já é mais rica que a Suíça. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/economia/noticias/macau-a-china-portuguesa-ja-e-mais-rica-que-a-suica>>. Acesso: 16/11/2014.

¹⁹ Macau, a capital chinesa do jogo, já é mais rica que a Suíça. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/economia/noticias/macau-a-china-portuguesa-ja-e-mais-rica-que-a-suica>>. Acesso: 16/11/2014.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente monografia teve como objetivo geral confrontar o tipo contravencional dos jogos de azar com os princípios que regem o direito penal (notadamente os da intervenção mínima, fragmentariedade, adequação social, insignificância, ofensividade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana) e fundamentam o Estado democrático de direito.

Por todo o exposto, percebe-se que a tipificação dos jogos de azar encontra-se fora do contexto social atual e alheia aos princípios mencionados, que dão base a todo o ordenamento jurídico. É necessário o reconhecimento da revogação do tipo contravencional pelos costumes, bem como a atualização legislativa de nosso ordenamento.

Defende-se que o direito penal deve ser tratado sob uma visão minimalista, devendo incidir apenas quando for de extrema necessidade, ou seja, quando houver lesão significativa aos bens de maior importância para a sociedade, o que não acontece no caso dos jogos de azar, como restou demonstrado. O direito penal, portanto, deve ser visto como protetor de bens jurídicos, sendo essa sua função principal.

Acontece que no caso dos jogos de azar é evidente que há ampla aceitação social, tanto quando praticados na legalidade (como no caso da Mega-Sena, explorada pela Caixa Econômica Federal) como também quando praticados na ilegalidade (como no caso do jogo do bicho). A aceitação da “fezinha” de todas as semanas é enorme. Portanto, não há motivos para a manutenção de sua tipificação, visto que não haveria bem jurídico a ser resguardado. Insistir nessa tutela penal é o mesmo que compelir os indivíduos a praticar delitos.

Um dos objetivos específicos desse trabalho era justamente o de esclarecer se há de fato um bem jurídico a ser protegido e até que ponto ele merece a tutela do direito penal. Chegou-se à conclusão de que o bem não mais existe e, ainda que existisse não merecia tutela penal, pela pouca relevância que possuem na sociedade.

Quando da criação da norma, ainda havia motivos para essa repressão do direito penal, pois, à época, de fato havia um sentimento de reprovação social sobre essa prática, visto que a população era muito mais conservadora e ligada aos preceitos religiosos.

Porém, atualmente não podemos mais dizer o mesmo. A sociedade muda e as normas devem respeitar essas mudanças.

Outro objetivo específico buscado foi o de determinar se o direito penal é legítimo para exercer uma função moralizadora. Nesse ponto, compreendeu-se que essa não é essa a função do direito penal e sim a proteção de bens jurídicos importantes para a sociedade. A norma deve servir ao homem e não o contrário. Assim, ao invés de continuar reprimindo uma prática que há muito é aceita pela população, deveria o direito penal se adequar à realidade atual e deixar de punir os indivíduos que exploram ou realizam essas práticas.

Mesmo que se admita a existência de um bem jurídico a ser protegido, não há que se falar na incidência do direito penal, visto que a lesividade à moral e aos bons costumes não é suficientemente relevante para merecer proteção desse ramo do direito. Ressalta-se, no entanto, que não se está defendendo a impunidade daqueles que lesam bens jurídicos de menor relevância.

Insta salientar, também, que o Estado é um dos maiores exploradores de jogos de azar atualmente. Assim, nem sequer faz sentido tipificar uma conduta quando praticada por particular e, no entanto, deixar que o Estado a explore livremente. Se a justificativa para a tipificação dos jogos de azar é de que ofende a moral e os bons costumes, não fará diferença quem os estiver explorando, a ofensa será a mesma. O descumprimento às normas do direito penal é tão evidente na exploração dos jogos de azar pelo Estado que o próprio legislador reconhece no texto das leis, conforme já foi demonstrado.

O que se pretendeu no presente trabalho foi defender a existência de um direito penal mínimo, que deve intervir apenas em último caso, deixando a cargo dos demais ramos do direito, que também são eficazes, a tutela dos bens jurídicos de menor importância, uma vez que a repressão será menos agressiva que a ameaça ou privação da liberdade de ir e vir. Assim, quanto ao objetivo específico de definir se a intervenção penal na esfera privada, no caso da contravenção penal em estudo, é legítima, chegou-se ao entendimento de que não o é, por tudo quanto foi exposto.

A lesividade à moral e aos bons costumes não é suficientemente relevante para merecer proteção desse ramo do direito. Ressalta-se, no entanto, que não se estava de-

fendendo a impunidade daqueles que lesam bens jurídicos de menor relevância. O que se pretendeu no presente trabalho foi defender a existência de um direito penal mínimo, que deve intervir apenas em último caso, deixando a cargo dos demais ramos do direito, que também são eficazes, a tutela dos bens jurídicos de menor importância, uma vez que a repressão será menos agressiva que a ameaça ou privação da liberdade de ir e vir.

Por fim, toda a problemática sobre a tipificação dos jogos de azar ainda se justificar, considerando a mudança da realidade social e os princípios do direito penal, chegou-se à conclusão de que a revogação do artigo 50 da LCP pelos costumes ou, ainda, a legalização dessa conduta é medida que se faz necessária.

REFERÊNCIAS

A História dos Cassinos no Brasil. Disponível em: <<http://port.pravda.ru/cplp/brasil/29-06-2009/27334-cassinosbr-0/>>. Acesso em: 06/10/2014).

ARGUELLO, Katie. Criminalização dos Jogos de Azar: A Contradição Entre Lei e Realidade Social. EMERJ, 2012. v. 15, n. 60. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista60/revista60_239.pdf>. Acesso em: 23/10/2014.

BETO. É proibido apostar no Brasil?. Disponível em: <<http://www.queroapostar.com/2012/11/17/Proibido-Apostar-No-Brasil/>>. Acesso em: 06/10/2014.

BRASIL. Código Penal de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 20/06/2014.

. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 12/05/2014.

. Decreto-lei nº 9.215, de 30 de abril de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del9215.htm>. Acesso em: 15/10/2014.

. Decreto-lei nº 6.259, de 10 de fevereiro de 1944. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del6259.htm>. Acesso em: 04/11/2014.

. Decreto-lei nº 204, de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0204.htm>. Acesso em: 17/11/2014.

. Decreto-lei nº 759, de 12 de agosto de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0759.htm>. Acesso em: 05/11/2014.

. Lei nº 1.508, de 19 de dezembro de 1951. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1508.htm>. Acesso em: 22/10/2014.

. Lei nº 8.672, de 06 de julho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8672.htm>. Acesso em: 08/11/2014.

. Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9615consol.htm>. Acesso em: 06/11/2014.

. Lei de Contravenções Penais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 10/05/2014.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, parte geral 1. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico Universitário. São Paulo: Saraiva, 2012. DUARTE, Davi. Loterias no Brasil legalidade e ilegalidade. Revista ESMAFE.

Escola de Magistratura Federal da 5ª Região. n. 10, 2006. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33107-41740-1-PB.pdf#page=189>>. Acesso em: 22/09/2014.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. Legislação Criminal Especial, Coleção Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, Parte Geral, Volume I. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

. Direito Penal do Equilíbrio. Uma visão minimalista do Direito Penal. . Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

HEDLUND, Alexandre Nicoletti; SILVA, Isabel Pozes da. O sentido das penas no estado

democrático de direito. Revista Interdisciplinar Científica Aplicada, Blumenau, v. 5, n. 01, p. 67-79, TRI I, 2011. Disponível em: <<http://rica.unibes.com.br/index.php/rica/article/viewFile/399/340>>. Acesso em: 31/10/2014.

Macau, a capital chinesa do jogo, já é mais rica que a Suíça. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/economia/noticias/macau-a-china-portuguesa-ja-e-mais-rica-que-a-suica>>. Acesso: 16/11/2014.

MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado - Parte geral - vol. 1. São Paulo: Método, 2014.

Mega da Virada tem quatro ganhadores. Cade bilhete pagará R\$ 56,1 milhões. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/12/31/mega-da-virada.htm>>. Acesso em: 26/10/2014.

MENDONÇA FILHO, Marcelo Pires. Aplicação do princípio da insignificância pela autoridade policial. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/47/3/20204090.pdf>>. Acesso em: 09/10/2014.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. Direito penal. Fundamentos e limites do direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. Volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. Jogo de Azar ou direito penal democrático? Façam as suas apostas. A Leitura: Caderno da Escola Superior de Magistratura do Estado do Pará. v. 2, 2009: 62-72.

PRADO, Luiz Regis. Bem Jurídico-Penal e a Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Projeto de Senador Legaliza Jogos de Azar Praticados no País. Disponível em: <<http://www.diariodopoder.com.br/noticias/projeto-de-senador-legaliza-jogos-de-azar-praticados-no-pais/>>. Acesso em: 15/11/2014.

. Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral - Arts. 1º a 120. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

QUEIROZ, Paulo. Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Relatório Final do Anteprojeto do novo Código Penal. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>>. Acesso em: 15/11/2014.

SENADO FEDERAL. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2014/07/07/comeca-a-tramitar-projeto-que-legaliza-jogos-de-azar/tablet>>. Acesso em: 14/11/2014.

Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 113327, MG, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 13/11/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: 02/05/2012. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21538717/medida-cautelares-no-habeas-corporis-hc-113327-mg-stf>>. Acesso em: 20/06/2014.

Supremo Tribunal Federal – Agravo Regimental Habeas Corpus: 123553 MS, Rel.: Min. GILMAR MENDES, julgado em 07/10/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: 22/10/2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25298536/agreg-no-recurso-ordinario-em-habeas-corporis-rhc-123553-ms-stf>>. Acesso em: 04/11/2014.

Tribunal de Justiça do Paraná – Reexame Necessário 1118441, Relator: Sydney Zappa, julgado em: 13/02/2002, 4ª Câmara Cível. Data de Publicação: 04/03/2002. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4694654/reexame-necessario-reex-1118441>>. Acesso em: 12/10/2014.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal – Apelação Criminal no Juizado Especial APJ: 46025220068070002 DF 0004602-52.2006.807.0002, Relator: JOSÉ GUILHERME DE SOUZA, julgado em: 27/07/2010, Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Publicação: 09/08/2010. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15645854/apj-46025220068070002-df-0004602-5220068070002>>. Acesso em: 15/10/2014.

Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Termo Circunstanciado. Processo nº 00227824420138140401. Juiz de Direito Titular da 4ª Vara de Juizado Especial Criminal: Ricardo Salame Guimarães, julgado em: 28/05/2014. Data da Publicação: 03/06/2014. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/71237509/djpa-03-06-2014-pg-162>>. Acesso em: 20/10/2014.

VIEIRA, Nileide. Jogo do bicho movimentou R\$ 400 mil por dia em Curitiba, diz a polícia. Disponível em: <<http://cgn.uol.com.br/noticia/100057/jogo-do-bicho-movimentou-r-400-mil-por-dia-em-curitiba-diz-policia>>. Acesso em: 26/10/2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; ALOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume - Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. 10.ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SOBRE O AUTOR

Raquel Melina Rego Sousa

Advogada e pós-graduada em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas.

ÍNDICE REMISSIVO

A

adequação social 7, 8, 10, 18, 39, 40, 41, 44, 53, 56
apostas 24, 26, 38, 44, 60

B

bens 8, 9, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 27, 28, 35, 38,
39, 41, 43, 44, 46, 49, 54, 56, 57, 58

C

cassinos 23, 24, 25, 42, 46, 55
clandestinidade 24, 32, 51
contravencional 7, 8, 31, 47, 56

D

delituosa 17
democrático 7, 8, 14, 22, 33, 34, 35, 36, 37, 42, 43, 44,
46, 47, 52, 53, 56, 60
direito 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 21, 22, 26,
32, 33, 34, 35, 36, 37, 39, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 49,
50, 51, 52, 53, 54, 56, 57, 58, 60
direitos 14, 16, 22, 34, 35, 36, 37, 42, 46, 47, 48

I

intervencionista 16

J

jogo do bicho 24, 25, 29, 30, 31, 37, 38, 39, 40, 48, 51,
56
jogos 7, 8, 9, 10, 14, 23, 24, 25, 26, 29, 31, 32, 33, 34,
35, 36, 37, 38, 39, 40, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50,
51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 60
jogos de azar 7, 8, 9, 10, 14, 23, 24, 25, 26, 29, 31, 32,
33, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49,
50, 51, 53, 54, 55, 56, 57, 58
jurídico 7, 8, 9, 10, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22,
32, 33, 35, 36, 37, 39, 40, 41, 42, 44, 45, 46, 47, 50, 53,
54, 56, 57
jurídico vigente 22
jurisprudência 20, 26, 27, 45

L

lesividade 7, 14, 19, 39, 40, 41, 46, 49, 57
loterias 23, 25, 29, 30, 31, 32, 33

M

multa 25, 28, 31, 48

N

norma 9, 11, 12, 14, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 29, 33, 36, 46, 47, 56, 57

O

observador, 12

P

penal 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 27, 28, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 56, 57, 58, 60

policiais 24

prêmio 25, 30

princípios 7, 8, 10, 13, 14, 15, 16, 22, 33, 39, 41, 42, 44, 45, 46, 47, 49, 50, 52, 53, 56, 58

Processual 62

proibição 9, 15, 23, 24, 25, 37, 38, 39, 45, 51

R

reflexões 12, 14

S

sociedade 7, 8, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 23, 24, 26, 28, 31, 35, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 49, 50, 52, 53, 56, 57

T

teorias 11, 41, 51

tutelado 7, 17, 37

