

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADES DOCTUM DE SERRA**

**ANDRÉ PHELLIPE DA SILVA OLIVEIRA
MAIKON RICHARD FURIERI DE SOUSA**

A DESCRIMINALIZAÇÃO DOS JOGOS DE AZAR NO BRASIL

SERRA/ES

2020

**ANDRÉ PHELLIPE DA SILVA OLIVEIRA
MAIKON RICHARD FURIERI DE SOUSA**

A DESCRIMINALIZAÇÃO DOS JOGOS DE AZAR NO BRASIL

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito das
Faculdades Doctum de Serra, como requisito
à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Penal

Professor Orientador: Msc. David
Marlon de Oliveira Passos

FOLHA DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: **A DESCRIÇÃO DOS JOGOS DE AZAR NO BRASIL**, elaborado pelos alunos **ANDRÉ PHELLIPE DA SILVA OLIVEIRA** e **MAIKON RICHARD FURIERI DE SOUSA** foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito das Faculdades **FACULDADES DOCTUM DE SERRA**, como requisito parcial da obtenção do título de **BACHAREL EM DIREITO**.

(Cidade), ____ de _____ 2020

Prof. Orientador

Prof. Examinador 1

Prof. Examinador 2

RESUMO

A legislação brasileira penal é esparsa e possui diversas fontes normativas, tendo como os dois principais meios o Código Penal (Lei 2.848/1940) e a Lei de Contravenções Penais (Lei 3.688/1941). A Lei de Contravenções Penais, que será o cerne da discussão no presente trabalho, regula diversas condutas e, por ser tão antiga, desperta diversos questionamentos sobre a necessidade ou não da tutela do direito penal em algumas tipificações. Indubitavelmente, os jogos de azar, tipificados no artigo 50 e seguintes dessa Lei não escapam da polêmica. Neste trabalho será discutida a justificativa (ou a falta da mesma) para a criminalização dos jogos de azar por meio de uma análise principiológica. Para isso, será explicado o conceito de bem jurídico, definir quais são os que necessitam da tutela penal e, posteriormente, uma análise do caso concreto aplicando os princípios para que, finalmente, seja exposta a conclusão acerca da criminalização dos jogos de azar.

Palavras-chave: Jogos de Azar; Princípios; Direito Penal; Contravenção; Jogo do Bicho; Loteria.

ABSTRACT

The Brazilian penal legislation is sparse and has several normative sources, having as its two main means the Penal Code (Law 2,848 / 1940) and the Penal Contraventions Law (Law 3,688 / 1941). The Law of Criminal Misdemeanors, which will be at the heart of the discussion in this paper, regulates several behaviors and, because it is so old, arouses several questions about the need or not to protect criminal law in some types. Undoubtedly, the games of chance, typified in article 50 et seq. Of this Law, cannot escape the controversy. In this paper, the justification (or lack thereof) for the criminalization of games of chance will be discussed through a principled analysis. For this, the concept of legal good will be explained, to define which are the ones that need penal protection and, later, an analysis of the specific case applying the principles so that, finally, the conclusion about the criminalization of games of chance is exposed.

Keywords: Gambling; Principles; Criminal Law; Contravention; Animal game; Lottery.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	
2 DESCRIMINALIZAÇÃO DOS JOGOS DE AZAR NO BRASIL	
3 ANÁLISE DOS ASPECTOS CONTRÁRIOS OU NÃO DA DESCRIMINALIZAÇÃO DOS JOGOS DE AZAR	
4 ASPECTOS JURÍDICOS SOBRE OS JOGOS DE AZAR	
5 ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL SOBRE OS JOGOS DE AZAR .	
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	
REFERÊNCIAS.....	

1. INTRODUÇÃO

Os jogos de azar não são práticas recente no mundo, existindo registros dos mesmos desde a antiguidade, sua prática sempre foi inerente à população. No Brasil não é diferente, contando com registros oficiais, instituídos ainda pelo Governo Monárquico, desde o Século XIX.

Atualmente os jogos de azar são reprimidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente no rol das contravenções penais. Por outro lado, os jogos de bicho, por exemplo, ainda são muito praticados, podendo ser vistos com muita frequência pelas ruas.

Não obstante a proibição, o Estado continua explorando esse ramo de jogos por meio da Caixa Econômica Federal, possuindo o monopólio da mesma modalidade de jogo que repreende por meio de norma penal. A análise se algo deve ser punido pelo direito penal, ainda que como uma contravenção é complexa, uma vez que a intervenção estatal é uma atitude séria e que possui diversas consequências.

O que se objetiva nesse trabalho são os impactos que a descriminalização dos jogos de azar e sua regulamentação acarretam no Brasil, quais são os pontos positivos, negativos, doutrinas, princípios que norteiam e jurisprudências relacionadas ao tema.. A relevância do tema é tamanha que chegou a ser discutida na CCJ recentemente e ocasionou em diversas discussões acerca da razoabilidade ou não da proibição dos jogos de azar, uma vez que os mesmos estão profundamente enraizados nos costumes do país.

Para tanto a metodologia adotada para este fim será a dialética, a escolha se dá porquanto a discussão não é simples e se faz necessária a apresentação da linha argumentativa defendida, dos fundamentos contrários à mesma e, finalmente, há o embate de ambas e uma conclusão acerca daquilo que foi discutido.

Aplicando a metodologia ao presente trabalho, no primeiro capítulo será exposta a história dos jogos de azar e a descriminalização do mesmo; em um segundo capítulo serão expostos os argumentos favoráveis e não favoráveis à manutenção da proibição dos jogos; no terceiro capítulo será feita uma análise dos argumentos contraditórios ou não para descriminalização dos jogos de azar, quanto aos princípios,

e; por último, os aspectos jurídicos e jurisprudenciais tocantes ao tema, desta forma, chegando a uma conclusão acerca do trabalho.

2. DESCRIMINALIZAÇÃO DOS JOGOS DE AZAR NO BRASIL

O anteprojeto do Código Penal criminaliza os jogos de azar, antes considerados mera contravenção, segundo a Lei 3.688/41, ou seja, infração penal de menor potencial ofensivo. Esse anteprojeto segue uma lógica panpenalista, punitivista, de efficientismo penal que, segundo Juarez Cirino dos Santos, demonstra ainda acreditar na “pena como forma de combate à criminalidade, quando ninguém mais em criminologia acredita nisso” (2012, p. 3).

Até mesmo de um ponto de vista meramente utilitário, a criminologia já demonstrou que antes de criminalizar deve-se considerar a relação custo/benefício e que jamais se deve criminalizar quando:

“1. Os custos da criminalização são maiores do que os da descriminalização (avaliados os custos individuais e sociais da perda da liberdade, os custos para a Administração da Justiça Penal e os dos possíveis efeitos colaterais, como a corrupção policial). 2. Quando há meios menos caros, com melhores resultados, especialmente, levando em conta que a criminalização transfere à sociedade custos que estão em mãos particulares” (CASTRO, 1980, p.26).

Em que pese tal advertência, com a crise do sistema econômico-social que emerge dos problemas da globalização neoliberal e da impotência do sistema político em mediar os conflitos advindos dessa nova forma de desenvolvimento, o efficientismo penal, verdadeira moléstia do direito penal moderno, conforme assinala Alessandro Baratta, “não responde cognitivamente, mas sim normativamente, quer dizer, se nega a aprender e em vez de buscar outras respostas mais eficazes, trata de tornar mais efetiva a resposta penal, aumentando a intensidade ainda que a custo da justiça”(BARATTA, 1997, p. 65).

Nessa via, os conflitos sociais são absolutizados mediante polarização ideológica entre “bem” e “mal”, também se descontextualizam e se despolitizam, sendo compreendidos tão somente sob a perspectiva criminal e, finalmente, promove-se a tecnização dos conflitos como consequência da sua despolitização, de modo a engendrar o seguinte paradoxo: ao aumentar o número de previsões de pena, aumenta-se a impunidade que, mesmo num direito penal normal corresponde a “uma porcentagem altíssima dos casos penalmente relevantes”.

Portanto, por um lado, se os programas de ação do sistema de justiça criminal possuísem recursos que correspondessem às suas previsões legais de criminalização, ocorreria uma “total militarização da sociedade”. Por outro, diante da impossível existência de recursos adequados ao seu imenso programa de criminalização, o eficientismo provoca um elevado grau de “seletividade estrutural do sistema punitivo”. (BARATTA, 1997, p.66)

Tanto uma quanto a outra situação demonstram a armadilha que representa uma aposta na criminalização como forma de solução dos conflitos, mas é nesse sentido que caminha o anteprojeto do Código Penal, inclusive no que se refere às infrações penais de menor potencial ofensivo, como é o caso dos jogos de azar, que se pretende criminalizar.

Os argumentos favoráveis à criminalização dos jogos de azar podem ser assim resumidos:

1.O problema é a criminalidade que circunda a contravenção, por trás dela 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 por território, corrupção policial e de autoridades públicas nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Nos dois primeiros, há relatos de financiamento de campanhas políticas e, no último, de supostas vendas de liminares.

2. A legalização estimularia o vício, que resultaria em tragédias pessoais para os jogadores compulsivos e seus familiares.

3. A polícia se sente desmoralizada porque prende um “apontador” e no outro dia ele está solto.

4. Por se tratar de contravenção, hoje não é possível utilizar outras técnicas de investigação (ex. escuta telefônica). Se for legalizado, ficará ainda mais difícil para os policiais e promotores de justiça realizarem a fiscalização da lavagem de dinheiro nos jogos.

A lei que prevê a criminalização dos jogos de azar constitui verdadeira contradição à realidade social em dois âmbitos: 1) A realidade social do funcionamento do sistema de justiça criminal; 2) A realidade de uma prática social institucionalizada dos jogos de azar, em especial o jogo do bicho.

A despeito das valorações morais negativas que são atribuídas ao jogo, ele já se tornou um costume centenário a se confundir com a história e a cultura do nosso

país. Criminalizar o jogo é quase como criminalizar o samba. Costume, no sentido sociológico, é “qualquer atitude, esquema ou projeto de comportamento que seja compartilhado por vários membros de um grupo. Vico já aplicava essa palavra nesse sentido: ‘É frase digna de consideração a de Dion Cássio: que o costume se assemelha ao rei e a lei ao tirano;’” (ABBAGNANO, 1998, p.218).

No caso do jogo do bicho, cuja prática, apesar do proibicionismo, mantém-se institucionalizada há 120 anos, pode-se dizer que o rei (costume) governa pela tradição, pelo consentimento e a lei (tirano), pela força, contra a tradição. Criminalizar, neste caso, é submeter-se à tirania dos cruzados morais, que estão sempre no nível mais elevado da estrutura social e assim legitimam sua posição moral (BECKER, 1991, p. 149).

Conforme ensina Rosa Del Olmo, “a produção dos discursos é uma prática orientada pela estrutura social que inclui elementos de poder e de controle”. Por esta razão, é necessário analisar o papel dos “empresários morais” que organizam o discurso a partir dos sentimentos do público, dos “empresários da repressão”, que aplicam as regras e legitimam a política criminal, assim como os “empresários da comunicação”, detentores de técnicas capazes de ampliar o sentimento do pânico social.

Para além dos efeitos simbólicos de seus supostos empreendimentos “contra o mal”, eles possuem interesses instrumentais na ampliação das suas competências (OLMO, 2003, p. 119). O único setor em que não é feita a exigência de indicar os meios a serem utilizados para financiar as novas medidas legislativas é o penal.

Assim, criminaliza-se sem acrescentar recursos e quanto maior for a dificuldade orçamentária, maior será a pressão para criminalizar. A criminalização, nesse sentido, permite o adiamento dos custos (HULSMAN, 1973, p. 13).

Criminalizar tornou-se o verdadeiro mote de um Estado que reduz políticas públicas para inclusão social e seleciona os excluídos como inimigos a serem perseguidos e encarcerados. Onde a economia formal se reduz, há uma tendência ao aumento da economia informal, que ocupa o seu lugar, pois o ser humano é um sujeito portador de necessidades reais.

Alessandro Baratta se refere ao homem em sua existência concreta, em determinadas relações sociais, como portador de necessidades reais as quais, a partir de uma perspectiva dinâmica, podem variar conforme o contexto histórico-social: “Podemos assim definir as necessidades reais como as potencialidades de existência

e de qualidade de vida das pessoas, dos grupos e dos povos, que correspondem a um determinado grau de desenvolvimento da capacidade de produção material e cultural em uma formação econômico-social”.

A pena é a violência institucional que garante a reprodução da violência estrutural ao mesmo tempo em que reprime as necessidades reais. A violência estrutural é a fonte direta ou indireta de todas as outras violências (individual, de grupo, institucional, internacional), sendo que a violência constitui repressão das necessidades reais, portanto, dos direitos humanos (BARATTA, 2004 b, p. 337).

Essa violência estrutural que atinge os portadores de necessidades reais em todo o globo, fica muito bem caracterizada por LoicWacquant ao descrever o processo de diferenciação e de informalização econômica nos guetos negros dos Estados Unidos:

“Além da economia da droga e do trabalho informal – cujo desenvolvimento é visível em outros setores da economia norte-americana, inclusive os mais avançados – o coração do gueto assistiu a uma proliferação de pequenos ‘negócios’ subproletários típicos das cidades do Terceiro Mundo: comerciantes de rua, vendedores de jornais, cigarros ou refrigerantes por unidade, carregadores, manobristas, diaristas etc. Não existe área do South Side sem táxis clandestinos, mecânicas ilegais, clubes noturnos e meninos que se oferecem para carregar sacolas na saída do supermercado local ou encher o tanque do carro no posto de gasolina, em troca de alguns trocados. Tudo pode ser comprado ou vendido nas ruas, desde bolsas Louis Vuitton falsificadas (a 25 dólares cada), até carros roubados, armas (trezentos dólares por uma arma ‘limpa’, em geral, ou a metade por uma ‘suja’), roupas com defeito, comida caseira e bijuterias. A economia dos jogos de azar – bingos, loterias, loto, jogos ilegais de cartas e dados – não conhece recessão. O desenvolvimento dessa economia irregular paralela está intimamente ligado à desintegração do espaço público e à despacificação da sociedade local. Segundo o antropólogo Philippe Bourgois, as ruas do gueto tornaram-se um cadinho da “cultura do terror”, que cresce funcionalmente com o tráfico de drogas”(WACQUANT, 2008, p. 41-42).

A criminalização não é capaz de resolver conflitos de tal ordem, ao contrário, ela intensifica os problemas sociais, transforma o marginalizado social em marginalizado criminal. Daí a necessidade de pensar sobre os custos sociais e individuais da criminalização, segundo a preleção do saudoso abolicionista LoukHulsman.

Para ele, ao nível social, a criminalização distorce qualquer visão mais realista sobre o homem e a sociedade porque mantém ou gera o entendimento de que: a) um problema social encontra solução ao se punir determinado comportamento, impedindo, assim, que se lance mão de alternativas melhores; b) que a criminalidade é um dos maiores problemas sociais e assim ocasiona a diminuição de recursos para a solução de problemas bem mais graves.

Em nosso país, podemos citar alguns deles: a precariedade do sistema de saúde para o trabalhador, o sucateamento das escolas e universidades públicas, por exemplo. Além disso, ainda ao nível social, a criminalização promove o comportamento desviante secundário (uma vez que se tenha passagem pelo sistema de justiça criminal, agrava-se a probabilidade do desenvolvimento de uma carreira criminal) e, finalmente, a criminalização colocar obstáculos à assistência da vítima de certas formas de criminalidade (HULSMAN, 1973, p. 8-10).

3. ANÁLISE DOS ASPECTOS CONTRÁRIOS OU NÃO DA DESCRIMINALIZAÇÃO DOS JOGOS DE AZAR

No que se refere aos custos ao nível individual, subestima-se: a) “a duração e a intensidade dos efeitos adversos da estigmatização penal” para o indivíduo e seus familiares, os quais normalmente se encontram em situação social adversa permanente ou muito prolongada; b) o fato de que circunstâncias de adversidade⁵ que podem estar na origem do ato criminoso são agravadas pela deletéria intervenção penal; c) que o indivíduo, sobretudo no caso de aplicação de penas privativas de liberdade, pode ter reduzida a sua adaptabilidade no meio social (HULSMAN, 1973, p. 8-10).

Com base nessa avaliação sobre os custos sociais e individuais da criminalização, consideramos mais realista a opção pela legalização dos jogos de azar, os quais devem se submeter a uma intensa fiscalização e regulamentação. Pelas seguintes razões:

A prática dos jogos de azar é socialmente aceita e está arraigada nos costumes da sociedade. O jogo do bicho existe há mais de um século (desde 1892), tendo se tornado contravenção em 1941. Ele faz parte da cultura, já se tornou um folclore na nossa sociedade. A lei penal não tem o poder de revogar a lei econômica da oferta e da procura. Se a demanda não for suprida pelo mercado lícito, será suprida pelo mercado ilícito, aliás, como ficou demonstrado no texto de LoïcWacquant, supracitado, não existe recessão para jogos de azar, sobretudo diante da informalização da economia em tempos de globalização neoliberal.

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.

Trata-se de uma grande hipocrisia haver jogos promovidos pelo Estado (loterias estaduais e federais), e criminalizar os jogos de azar. O Estado quer ter o monopólio dos jogos de azar? Se o próprio Estado realiza jogos de azar, por que não legalizar definitivamente? Neste caso, a preocupação com o jogador compulsivo não pode ser utilizada como escusa, já que o próprio Estado realiza jogos de azar.

Se o jogador for compulsivo, ele fará as apostas entre um grupo de amigos, na sala da sua casa ou em qualquer outro lugar, na clandestinidade. Se ele realizar um bingo com a participação da vizinhança, ainda correrá o risco de responder pelo crime de lavagem de dinheiro, cuja pena mínima é de 3 (três) anos, conforme a Lei

12.683/12, que altera a Lei 9.613/98. Existem os alcoólatras e o consumo da bebida alcoólica não é proibida. Existem os que bebem, comem, se drogam, fazem sexo compulsivamente, então o Estado deveria também controlar os menus dos restaurantes e tudo o mais que diga respeito à privacidade à esfera íntima do indivíduo?

As prisões, conforme ficou demonstrado no relatório da CPI do sistema carcerário (“O grito das prisões”), já estão explodindo. A criminalização dos jogos de azar só vai aumentar o número de encarceramentos, são muitos os miseráveis que sobrevivem como apontadores do jogo do bicho em quase todos os Estados deste país. Para se ter uma ideia, em 2008, a Justiça Federal proibiu o jogo do bicho em Pernambuco. Houve uma passeata com mais de 20 mil pessoas, e à época chegou-se à conclusão de que o jogo fomentava o trabalho direto e indireto de aproximadamente 50 mil pessoas.

O que fazer com esse contingente de seres humanos que sobrevive no mercado informal? Em entrevistas, alguns apontadores do jogo do bicho disseram que fora dessa atividade não têm como sobreviver, pois ninguém daria trabalho para alguém que não possui qualificação. Mulheres diziam sustentar toda a família (pagar aluguel, água, luz, escola dos filhos e até o INSS, na atividade de “apontadora”). Qual o destino a ser dado a essas pessoas: a prisão ou a morte à míngua? Ou seria mais conveniente para a sociedade que, em vez de serem apontadores do jogo do bicho, praticassem delitos mais graves, tais como, sequestros, assaltos, latrocínios etc.?

A criminalização tornaria o negócio ainda mais lucrativo para o mercado de ilícitudes, 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. Para quem duvida destes argumentos, basta lembrar o diálogo entre o Carlinhos Cachoeira e o ex-Senador Demóstenes Torres, em que o bicheiro afirma claramente que deseja a criminalização:

“Cachoeira: Oi, doutor. Demóstenes: Fala, professor. Eu peguei o texto, ontem, da lei pra analisar, é aquela que transforma contravenção em crime. Que importância tem a aprovação disso? Cachoeira: É bom demais, mas aí também regulamenta as estaduais, uai. Demóstenes: Regulamenta não. Vou mandar o texto pra você. O que tá aprovado lá é o seguinte: transforma em crime qualquer jogo que não tenha autorização. Então, inclusive, te pega, né?”

Cachoeira: Não, mas essa aí é boa também. É bom fazer isso. Não pega ninguém, não. Pode mandar brasa aí” (YOUTUBE/JORNAL NACIONAL, 2012).

Os que estão na cúspide da pirâmide do mercado de ilicitudes são diretamente beneficiados pelo endurecimento da lei penal, e não lhes interessa a legalização. Conforme ensina Vincenzo Ruggiero, os possuidores de maiores recursos têm mais chances de “atribuir definições criminais aos outros e repelir aquelas que os outros lhes atribuem” (2008, p. 191).

Essas diversas operações montadas para prender os bicheiros vão conseguir apenas pegar alguns “bodes expiatórios”, que o próprio mercado de ilicitudes se encarregará de substituir com o tempo. São recursos públicos direcionados à repressão que, além de dispendiosa, é ineficaz.

Com a legalização, haveria: a) tributação (hoje, metade do dinheiro das loterias oficiais é repassada para o governo); b) geração de emprego (com pagamento de encargos trabalhistas); c) redução da violência porque as disputas poderão ser resolvidas pelo Judiciário, eliminando as disputas territoriais na base do tiroteio. Enquanto, ao contrário, a criminalização resulta mais violência e mais corrupção.

Embora a “operação dedo de Deus” tenha divulgado que os resultados do jogo do bicho são manipulados, a credibilidade deste entre a população, durante mais de um século, advém do fato de que honra o pagamento do prêmio. Além disso, é notória a existência de escândalos referentes à manipulação dos resultados dos jogos nas loterias estatais.

O que as agências policiais reivindicam: uso de outras técnicas de investigação (a exemplo da escuta telefônica) para atingir essa criminalidade que circunda o jogo do bicho vai ao encontro exatamente daquilo que Zaffaroni denomina “poder configurador positivo” do sistema de justiça criminal. Há uma tal expansão do poder das agências de controle penal, que, sob o pretexto de “prevenir, vigiar e investigar” se torna um poder subterrâneo imenso, “marginal”, que leva à prática de mais delitos (e ainda mais graves) para “perseguir” outros, de menor potencial ofensivo. Um poder que se afigura como Estado de polícia (ZAFFARONI, 2006, p. 52-53).

Recursos já escassos das agências oficiais de controle penal seriam desviados da persecução de crimes mais graves para combater crimes menos graves. Legalizar é a única solução a ser obtida em consonância com a realidade social, que não pode ser mudada a “golpes de marreta”, enquanto a criminalização é uma solução apenas

aparente, pela qual se paga um preço muito elevado: o aumento da violência institucional, da intolerância, do Estado policial e, conseqüentemente, redução dos direitos e garantias individuais do cidadão.

Segundo Foucault, “o que há de mais perigoso na violência é a sua racionalidade. A violência é terrível em si mesma. Mas a violência encontra sua mais profunda ancoragem na forma de racionalidade que utilizamos. [...] Não há incompatibilidade entre a violência e a racionalidade” (FOUCAULT, 2011, p. 78). Essas palavras de Foucault fizeram ressonância com a seguinte manchete de jornal lida nesta madrugada: “Rota mata 9 em São Paulo”, e o governador Alckmin disse: “Quem não reagiu está vivo”!

Nessa esteira, o debate sobre a descriminalização, conforme ensina Lola Aniyar de Castro, deve ser “um debate sobre a hipocrisia dos Códigos Penais, sobre a sua máscara de papel”, esta é a discussão que devemos empreender (CASTRO, 1980, p. 27).

4. ASPECTOS JURÍDICOS SOBRE JOGOS DE AZAR

Como ponto de partida no debate relativo ao conceito de bem jurídico, é preciso que se defina as duas correntes fundamentais sobre sua definição. Nas palavras de Busato (2017, p. 336),

Foram muitas as concepções abordadas para tratar de definir o que se entende por bem jurídico; entretanto, todas essas tendências podem ser classificadas em duas: aquelas tendências que encontram sua posição além do Direito positivo (transcendentalistas), de corte jus naturalista ou polímicriminal, nas quais o bem jurídico pode ser encontrado no Direito natural ou na natureza das coisas, ou ainda na vida social ou cultural. Por outro lado, existem as que situam o bem jurídico dentro do sistema jurídico, imanente à própria norma jurídica (immanentistas), quer dizer, os que sustentam que o bem jurídico não tem existência própria antes da norma, mas sim, nasce com ela.

Partindo dessas duas correntes, o conceito evoluiu e foi discutido por diversos autores, no entanto, sem desviar demasiadamente de um enfoque ou de outro. Apesar da imprecisão, é necessário que se tenha um conceito como base, eis que, para que se defina um tipo penal, algum bem jurídico deve ser lesado ou ameaçado.

Diversos autores discorrem sobre o tema, fornecendo conceitos diferentes. Prado (1997, p. 41), por sua vez, traz uma definição que merece ser compartilhada, in verbis:

Os bens jurídicos têm como fundamento valores culturais que se baseiam em necessidades individuais. Essas se convertem em valores culturais quando são socialmente dominantes. E os valores culturais transformam-se em bens jurídicos quando a confiança em sua existência surge necessitada de proteção jurídica.

O objetivo de expor essa última definição é a de se discutir os conceitos pelos quais se fundamenta a necessidade de proteger penalmente um bem jurídico. A opinião de que o direito penal deve ter uma atuação condicionada a mais fatores é compartilhada aqui, considerando que o mesmo deve ser a *ultimaratio*.

Este conceito de difícil definição (bem jurídico) se mostra como necessário, sendo ameaçado ou lesado, para que se puna uma conduta. Tavares (2002, p. 198) define como sendo:

Um elemento da própria condição do sujeito e de sua projeção social, e nesse sentido pode ser entendido como um valor que se incorpora à norma como seu objeto de preferência real e constitui, portanto, o elemento primário da estrutura do tipo, ao qual se devem referir a ação típica e todos os seus demais componentes.

Apesar de ser reconhecido que são fundamentais para a consolidação de uma sociedade garantidora de direitos, não cabe exclusivamente ao Direito Penal a defesa desses bens jurídicos, surgindo a necessidade de se delimitar quais serão dignos da tutela penal.

Uma vez conceituados os bens jurídicos, faz-se necessário o debate de quais devem ser tutelados pelo direito penal.

Definição que merece ser trazida à discussão é a de Zaffaroni e Pierangeli (2013, p. 416), in verbis:

O “ente” que a ordem jurídica tutela contra certas condutas que o afetam não é a “coisa em si mesma”, e sim a “relação de disponibilidade” do titular com a coisa. Dito de uma forma mais simples: os bens jurídicos são os direitos que temos a dispor de certos objetos. Quando uma conduta nos impede ou perturba a disposição desses objetos, esta conduta afeta o bem jurídico, e algumas destas condutas estão proibidas pela norma que gera o tipo penal.

Pelo exposto do raciocínio acima, os autores trazem sua explicação sobre bens jurídicos penalmente tuteláveis. Ressalte-se a sentença “algumas destas condutas”.

Não são todas as condutas que atingem a disposição de bens jurídicos que devem ser punidas pelo direito penal, este raciocínio será explorado de maneira mais abrangente no curso desta pesquisa.

Luiz Régis Prado (2014, p. 117) explica quais são os bens jurídicos que devem ser protegidos pelas normas penais, a saber:

A partir do exposto, resta precisar o conceito de bem jurídico-penal, como sendo um ente (dado ou valor social) material ou imaterial extraído do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual, considerado essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem.

De forma semelhante, Busato (2017, p. 345) aduz:

Somente poderão ser consideradas válidas as incriminações que traduzam uma aflição a algo que possa ser identificado como essencial ao desenvolvimento social dos indivíduos, quer seja de um ponto de vista individual, quer seja de um ponto de vista coletivo.

Nota-se que os posicionamentos são parecidos no que tange à aplicabilidade do Direito Penal exclusivamente para tutelar bens que sejam essenciais à pessoa, não podendo ser utilizado para quaisquer condutas.

Faz-se necessário aduzir a este debate que o conceito de bem jurídico a ser tutelado pelo direito penal não é estático, devendo evoluir com o tempo, de forma a se encaixar socialmente. A evolução supracitada já foi vista no direito penal brasileiro.

Em 2005 a Lei 11.106 alterou a redação de alguns artigos do Código Penal e revogou outros, dentre eles a Sedução (Art. 217, CP) e o Adultério (Art. 240, CP). A revogação dos dispositivos se deu em virtude da concepção de que o direito penal não deve tutelar condutas que não lesa e não representa uma ameaça a “coexistência e o desenvolvimento do homem” (Prado, 2014, p. 117).

O exemplo do adultério é interessante para que seja visto o ponto almejado neste debate. A conduta que era considerada criminosa e tutelada pelo Direito Penal sofreu uma revogação, para ser tutelada exclusivamente pelo Direito Civil (Arts. 1573

e 1600 do Código Civil), eis que não representavam uma ameaça grave o suficiente para serem punidas penalmente.

Percorrida a discussão sobre bem jurídico e quais são as hipóteses do dever do Estado de tutelá-lo através do direito penal, passa-se agora à aplicação destes conceitos no tocante aos jogos de azar. Como já é sabido, uma conduta punida pelo direito penal deve ser lesiva a um bem jurídico.

Damásio de Jesus define o bem jurídico como sendo tutelado pela contravenção do jogo de azar (Art. 50 da Lei de Contravenções) é o que se denomina abstratamente de “bons costumes” (1999, p. 159); mesmo bem jurídico protegido pelo artigo do diploma legal supracitado que veda o “jogo do bicho” (Art. 58 da Lei de Contravenções) (1999, p. 182).

A última alteração legal acerca deste tema se deu em 1946, como dito no primeiro capítulo. Nela, o então presidente Eurico Gaspar Dutra deu vigência novamente ao artigo 50 (referente aos jogos de azar) em território brasileiro, cessando o funcionamento dos cassinos por meio do Decreto-Lei 9.215.

Essencial faz-se a reflexão acerca de sua exposição de motivos, segue:

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 esse fim; 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.

A respeito da tutela penal da moralidade como bem jurídico, Zaffaroni e Pierangeli (2013, p. 418) são claros ao dizerem que “sob nenhum ponto de vista a moral em sentido estrito pode ser considerada um bem jurídico”.

Nota-se que há um conservadorismo exacerbado nesta proibição, reproduzindo ideias antiquadas sobre a necessidade do controle da moralidade pelo direito penal.

Essa ideia perdura até hoje, no entanto, é clara a percepção que se trata de um retrocesso a punição de condutas imorais sem lesividade ao desenvolvimento individual ou coletivo dos indivíduos, de forma como foi explicada por autores supracitados.

Recentemente houve uma iniciativa legislativa a favor da legalização dos jogos de azar. Trata-se do PL 186/2014, que foi rejeitado pela Comissão de Constituição,

Justiça e Cidadania (CCJ) sob os argumentos de que a proposta era demasiadamente permissiva, possibilitando a lavagem de dinheiro por meio dos cassinos.

O Ministério Público Federal expôs argumentos semelhantes em nota técnica no PL supracitado (NOTA TÉCNICA PGR/SRI Nº 97 /2017), onde o projeto de regulamentação dos jogos fora debatido. Argumentou o MPF principalmente que “a proposta não prevê mecanismos eficientes de fiscalização e ainda facilitaria o uso da atividade para a lavagem de dinheiro e a prática de outros crimes.”

Corroborando com os argumentos acima expostos, tem-se o discurso do Procurador da República Deltan Martinazzo Dallagnol, explicando que a legalização dos jogos de azar causaria um aumento em outros crimes, sendo este respaldado por artigo datado do ano de 2010, *in verbis*:

Além disso, considerando que um dos objetivos da repressão da lavagem é combater os próprios crimes antecedentes, de elevada gravidade, a legalização dos jogos constituirá um retrocesso na prevenção e repressão não só da lavagem, mas também dos crimes antecedentes a esta: tráfico de drogas, de armas, extorsão mediante seqüestro, crimes contra a Administração Pública, incluindo peculato e corrupção, crimes contra o sistema financeiro nacional e ainda praticados contra organização criminosa. (DALLAGNOL, 2010, p. x)

Expostos os motivos pelos quais o Estado fundamenta a proibição aos jogos de azar, os argumentos ministeriais para o não prosseguimento do projeto de lei e a opinião do procurador, passa-se agora à exposição da tese principal desse projeto, assim como de teorias e princípios que corroboram para a mesma.

5. ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL SOBRE OS JOGOS DE AZAR

Primeiramente, será debatido o Princípio da Adequação Social, concebido pelo estudioso alemão Hans Welzel. O ponto principal deste autor é relacionado à configuração ou não de um tipo penal quando analisada sua sociabilidade. Nesta toada, a conclusão de Welzel é de que condutas que são adequadas socialmente não merecem a ser tuteladas pelo direito penal, eis que, em regra, são consideradas dentro dos parâmetros da normalidade. Dessa forma traz o autor (1997, p. 68)

A adequação social constitui, de certo modo, um apoio para os tipos penais, é o estado normal de liberdade de ação que lhes serve de base e é tacitamente suposto. Por isso, também ficam excluídas dos tipos penais as ações socialmente adequadas ainda que estejam naqueles casos que possam ser subsumidas nos mesmos, por exemplo, de acordo com critérios causais. (tradução livre)

Corroborando com a teoria de Welzel, Luiz Régis Prado traz uma adição importante ao debate principalmente no tema dos jogos de azar, como será trazido novamente em momento oportuno. Prado (2015, p. 123) aduz que “as condutas socialmente adequadas não são necessariamente exemplares, senão condutas que se mantêm dentro dos marcos da liberdade de ação social”.

Ainda Luiz Régis Prado (2015, p. 123) sustenta que a teoria da adequação social deve ser aplicada às condutas típicas levando em consideração sua adequação à sociedade atual, sendo necessária uma análise da evolução histórica, passando pelas tradições e costumes.

A teoria da adequação social, concebida por Hans Welzel, significa que, apesar de uma conduta se subsumir formalmente ao modelo legal, não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada.

É imperioso salientar que a adequação social não deve ser confundida de maneira alguma com excludentes de ilicitude, que são situações excepcionais nas quais o indivíduo tem uma ação típica, antijurídica e culpável, que, no entanto, não será punida por condições especiais.

A adequação social, por outro lado, visa “remover” a proibição estatal uma vez que a conduta seria socialmente adequada. Francisco Toledo de Assis (1994, p. 132) traz uma exemplificação didática para auxiliar a diferenciação dos dois institutos se utilizando de uma mesma tipificação (lesão corporal).

A primeira situação é uma legítima defesa na qual um sujeito, para se livrar de uma agressão injusta acaba por lesionar outro, sendo esta uma clara hipótese de excludente de ilicitude. A segunda hipótese é uma lesão corporal ocorrida durante um jogo de futebol, tratando-se de situação socialmente adequada, não caracterizando infração penal, aplicando-se a teoria de Welzel.

O mais importante a se extrair dessa teoria é a ideia basilar de que a moral não deve influir diretamente no direito penal, não podendo ser tipificadas condutas que são adequadas socialmente, que, no entanto, não são exemplares do ponto de vista ético.

Outro princípio que é necessária aplicação na presente discussão é o da “exclusiva proteção de bens jurídicos”. Este estabelece que para se estabelecer uma conduta como criminosa, ela deve atentar ou, ao menos, oferecer uma ameaça a algum bem jurídico determinado (PRADO, 2015, p. 115).

A criminalização de diversas condutas que não são lesivas a bens jurídicos acaba gerando efeitos colaterais não desejados, como demonstra Cesare Beccaria (1764, p. 67):

Se se proibem aos cidadãos uma porção de atos indiferentes, não tendo tais atos nada de nocivo, não se previnem os crimes: ao contrário, faz-se que surjam novos, porque se mudam arbitrariamente as idéias ordinárias de vício e virtude, que todavia se proclamam eternas e imutáveis. (sic)

Daí se extrai também uma ideia importante e antiga, um princípio chamado *nulla lex poenalis sine necessitate* (não há lei penal sem necessidade) que é citado inclusive por Luigi Ferrajoli (2002, p. 372), que transpõe também a fundamental compreensão de separação de direito e moral, ainda mais no âmbito penal:

O princípio axiológico da "separação entre direito e moral", na primeira das três acepções do parágrafo 15.3, veta, por sua vez, a proibição de condutas meramente imorais ou de estados de ânimo pervertidos, hostis ou, inclusive, perigosos. E impõe, para uma maior tutela da liberdade pessoal de consciência e da autonomia e relatividade moral, a tolerância jurídica de toda atitude ou conduta não lesiva a terceiros.

Válida também a lição de Jório (2008, p. 54) que debate a influência de ética e moral no direito penal:

Não se admitem, assim, dispositivos penais denotadores de mera opressão cultural, de vontades minoritárias ou faccionais (ou até pessoais, como se verifica acontecer na autocracia). O direito penal não se presta a intervir em comportamentos considerados pecaminosos, deselegantes, impolidos, inortodoxos, não-convencionais e até mesmo puramente imorais e antiéticos (sem referenciais jurídicos concretos), ou condenáveis sob quaisquer óticas que não a do direito.

Não há dúvida que o discurso do professor tem aplicação direta no que se discute neste estudo. A proibição dos jogos de azar se dá única e exclusivamente por conceitos sem referenciais jurídicos concretos por atentar contra “os bons costumes”.

Sendo incontestavelmente uma proibição dada por valores morais e éticos, os quais não deviam influir no direito penal. Decorrente do apresentado há o princípio da intervenção mínima, que determina que o Estado só deve agir com leis penais naquilo que for imprescindível, evitando criminalizar condutas que não são lesivas à convivência. A lei penal deve ser verdadeiramente a *ultimaratio legis* (expressão em latim que significa “último recurso”).

Roxin (2004, p. 70) aborda este mesmo princípio com pensamento similar, in verbis:

O direito penal deve garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, na medida em que isso não seja possível através de outras medidas de controle sociopolíticas menos gravosas.

A ideia fundamental deste princípio é a de que o direito penal é gravoso à sociedade, devendo apenas abranger as condutas mais prejudiciais à comunidade.

Aqui não se compartilha a ideia de abolicionismo penal, sim a punição daquelas condutas que são lesivas na medida a merecer tutela penal. Muito coerente o posicionamento de Nucci (2012, p. 191):

A liberdade individual, estampada sob variadas formas (ir, vir e ficar; pensar e manifestar-se; crer e cultivar; associar-se; viver de maneira privada; zelar pela intimidade; possuir e usufruir de bens; unir-se em família etc.), é o paradigma da sociedade democrática, regrada por leis. Destarte, as infrações às normas postas merecem ser coibidas por inúmeros instrumentos jurídicos extrapenais, antes que se possa lançar mão da ultimaratio (última hipótese), identificada no direito penal. O eficiente equilíbrio entre liberdade e punição penal, modelado pela razoabilidade e pela proporcionalidade, constitui o demonstrativo eficaz de que se cultua e respeita o Estado Democrático de Direito, nos parâmetros delineados pelo art. 1º da Constituição Federal.

No tocante ao presente princípio, parte da doutrina aceita que ele possui duas características fundamentais, subsidiariedade e fragmentariedade. Gomes (2002, p. 44/45) em uma definição rápida e didática ensina:

O legislador deve descrever as figuras típicas de tal modo a reconhecer a ofensividade da conduta. Mas para além da ofensividade, é preciso também constatar sua intolerabilidade. Somente o ataque intolerável (segundo o princípio da fragmentariedade) é que pode ser penalmente castigado. E desde que não haja outros meios mais idôneos (princípio da subsidiariedade).

Pelo exposto, resta patente que o princípio não visa tutelar condutas que não são gravosas à sociedade, se limitando àquelas que são intoleráveis, sendo as únicas merecedoras da repressão estatal.

Dessa forma, expostos princípios que regem o direito penal brasileiro, passa-se à aplicação dos mesmos ao caso concreto, onde serão demonstrados os motivos pelos quais a legalização dos jogos de azar é o caminho mais coerente a ser tomado.

O primeiro princípio abordado anteriormente, foi o da adequação social, concebido por Hans Welzel. Sua aplicação prática no tema dos jogos de azar é fundamental para a construção do argumento de que os mesmos devem ser descriminalizados.

É inegável que a prática dos jogos de azar está enraizada na sociedade brasileira, sendo nítido que nas ruas são vistas diversas bancas de jogos do bicho, máquinas caça-níquel e jogos de bingo clandestinos.

Desde que foi criado, o jogo do bicho sempre foi popular e fez parte das tradições do país. Mesmo com as reprimendas estatais, os jogos nunca deixaram de fazer parte da vida do brasileiro, sendo possível dizer que se tornou um costume no país.

Da forma como traz Juliano Augusto Rodrigues (2015):

Os jogos de azar, como se sabe, são práticas centenárias que resistem à repressão estatal graças à simpatia da sociedade, e nesse sentido é a lição do renomado sociólogo francês LoïcWacquant: "A prática dos jogos de azar é socialmente aceita e está arraigada nos costumes da sociedade. O jogo do bicho existe há mais de um século (desde 1892), tendo se tornado contravenção em 1941. Ele faz parte da cultura, já se tornou um folclore na nossa sociedade. A lei penal não tem o poder de revogar a lei econômica da oferta e da procura. Se a demanda não for suprida pelo mercado lícito, será suprida pelo mercado ilícito". (WACQUANT, Loïc." As Duas faces do Gueto ". Trad. Cezar Castanheira. São Paulo: Ed. Boitempo, 2008, pág. 72).

Esta afirmação conta como ponto chave no tangente ao argumento a favor da descriminalização dos jogos de azar. Se os mesmos são considerados como um costume, não podem ser classificados e punidos como contravenção, ainda mais quando o bem jurídico tutelado é o instituto abstrato "bons costumes".

Consequentemente, ao ser considerado um costume, a conduta deixa de ser socialmente reprovável, tornando-se adequada e, dessa forma, não merecendo o rótulo de contravenção penal. A partir do momento que o Estado se utiliza da exploração de jogos de azar como fonte de renda, é cristalina a conclusão de que é uma atividade produtiva e que faz parte da finalidade Estatal (arrecadação de impostos), não configurando uma conduta socialmente desadequada, consequentemente não devendo ser tutelada pelo direito penal.

No tocante à proteção exclusiva de bens jurídicos, Roxin (2004, p. 79) é cirúrgico:

Não é legítimo, por fim, criar tipos para proteção de bens jurídicos, sendo estes descritos através de conceitos com base nos quais não é possível pensar nada de concreto. (...). Não se pode, porém, fundamentar uma proibição penal na proteção de um bem jurídico fictício.

No caso aqui discutido, ao proteger "bons costumes", o tipo penal da proibição aos jogos de azar se adequa perfeitamente ao que Roxin traz como inaceitável. É

cristalina a percepção de que os bens jurídicos “bons costumes” caracteriza uma violação grave ao princípio aqui abordado.

Aqui um outro princípio importante é o “*harmprinciple*”, importado do idioma anglo-saxão. Este é utilizado como base de legitimação das normas penais, sendo aceitável a punição por uma conduta exclusivamente em casos que esta represente uma lesão a algum bem jurídico.

É notável que as contravenções penais aqui enfrentadas são modelos perfeitos de condutas punidas exclusivamente em virtude de sua imoralidade, sua incompatibilidade com os bons costumes, de acordo com o argumento estatal.

No entanto, é preciso que seja levada em consideração a pacificidade com que os autores demonstram que o direito penal não deve tutelar este ramo, restando como desnecessária a punição às condutas de jogos de azar e demais citados neste trabalho.

Como dito anteriormente, este princípio possui função principal de limitar a atuação do direito penal àquelas condutas que sejam intoleráveis (fragmentariedade) e que não possam ser suprimidas de outra forma menos gravosa, sendo estes requisitos cumulativos.

Gomes (2002, p. 45) faz uma linha que deve ser seguida para que se analise se uma conduta é digna de tutela penal ou não, nos seguintes termos:

A lógica que os dois aspectos da intervenção mínima (fragmentariedade e subsidiariedade) comporta, por conseguinte é esta: não há crime sem conduta; não há conduta penalmente relevante sem ofensa a um bem jurídico; não há ofensa penalmente punível senão quando for intolerável; porém, em razão da intervenção mínima do Direito penal, nem toda a ofensa intolerável deve constituir delito, porque pode haver outros meios mais idôneos para sua proteção.

Na análise prática do esquema acima mostrado aos jogos de azar, é possível a conclusão de que a conduta não é penalmente relevante eis que não representa ofensa a um bem jurídico, sendo desconsideradas as etapas seguintes uma vez que pode ser considerada irrelevante para o direito penal.

Ratificando o raciocínio anterior, Nucci (2012, p. 193) acrescenta:

Ora, se a tutela penal se concentra nos mais proeminentes bens, nada mais justo que, havendo conduta transgressora, em tese, da lei penal, possa ela descortinar algum abalo mínimo razoável contra tais bens. Noutros termos, somente pode dar-se a aplicação da lei penal, caso a conduta infratora se volte, com eficiência, contra bem jurídico tutelado. Por isso, arranhaduras insignificantes não são capazes de fazer germinar lesão apta a promover a atuação penal. (...) A ineficácia da lesão, ainda que voltada a importante bem jurídico, equivale à agressão a bem jurídico irrelevante aos olhos penais.

Diante disso, mínimas ofensas são impotentes para gerar crimes e ofensas a bens irrelevantes também são incapazes de produzir infrações penais.

É flagrante a afronta que a criminalização dos jogos de azar reflete neste princípio. Trata-se de uma punição estatal invasiva à vida dos particulares sobre uma conduta que não representa ofensividade alguma aos bens jurídicos penalmente relevantes.

Seguindo a ideia de que os jogos de azar estão inseridos profundamente nos costumes dos brasileiros, é inegável que o estado tem influência nisso uma vez que detém o monopólio da exploração dos mesmos.

São inúmeras as casas lotéricas em funcionamento no Brasil hoje em dia, sendo de livre acesso para todos os maiores de 18 anos, sendo vedado o jogo aos menores. Apesar dessa proibição, destaca-se que a mesma é ineficaz, visto que a fiscalização é paupérrima e não é solicitado nenhum documento ao jogador.

Atualmente a Caixa Econômica Federal possui disponibilizados 10 jogos diferentes que possuem sorteios semanais, sendo que todos dependem totalmente da alea, visto que não exigem nenhuma habilidade específica do jogador, sendo uma conduta idêntica à que se visa reprimir no artigo 50, §3º, “a” da Lei de Contravenções Penais. Dentre os jogos acima citados, existem ainda jogos sobre esportes como a Loteca e a Lotogol, que violam o Art. 50, §3º, “c” do mesmo diploma legal.

O problema de manipulação de resultados futebolísticos já assombrou países como a Itália e é isso que se visa coibir ao possuir um dispositivo legal específico, no entanto, o mesmo perde totalmente sua razão de ser quando o próprio aparato estatal explora esta atividade.

Além dessa exploração estatal de apostas em esportes, há de se ressaltar que na televisão há diversas propagandas em canais expressivos sobre sites que realizam apostas. Há, no caso, uma “lacuna” na legislação brasileira que não abrange empresas sediadas em outros países sem estrutura física em solo tupiniquim. A legislação brasileira também não é específica sobre apostas na internet, desmoralizando mais ainda a presente proibição.

Outro exemplo de monopólio estatal em exploração de atividade por ele reprimida é o que ocorre nas corridas de cavalo, apesar de não receber grande enfoque nesta pesquisa, a informação é válida de se destacar. O art. 50, §3º, “b” da Lei de Contravenções Penais veda a aposta em cavalos fora dos hipódromos, isso se

dá uma vez que dentro dos mesmos é o aparato estatal que realiza a fiscalização e recebe os lucros.

O paradoxo da criminalização dos jogos de azar por parte do Estado é evidente, podendo até ser caracterizado como hipócrita. É reprimida uma conduta por atentar contra os “bons costumes”, mas que, no entanto, essa mesma conduta é explorada como fonte de renda estatal.

Essa contradição estatal dá ainda mais razão ao argumento fundado no princípio da Adequação Social de Hans Welzel, provando que a prática de jogos de azar é tão aceita pela sociedade que o próprio estado explora sua prática. Em outras palavras, se o Estado, que deveria servir de modelo à população pode explorar a atividade, a fortiori, os seus administrados também poderiam.

É de fácil percepção que o argumento de atentado contra os “bons costumes” é apenas um pretexto para a verdadeira intenção do Estado, que, por possuir o monopólio desse tipo de jogo, acaba sendo o único que tem lucros advindos da exploração desta atividade. Como se viu anteriormente, o Projeto de Lei 186/2014 foi reprovado em votação na CCJ e recebeu parecer desfavorável do Ministério Público.

Há de se destacar que o único argumento encontrado contra a legalização dos jogos de azar tem como fundamento os crimes que gravitariam em sua volta, principalmente lavagem de dinheiro e tráfico. O argumento é extremamente fraco do ponto de vista principiológico pois atenta violentamente contra o princípio da proteção exclusiva de bens jurídicos.

Na linha argumentativa a favor da proibição, os jogos de azar em si não seriam problema, e sim suas consequências. É inaceitável que se puna uma conduta que em si é inofensiva pois o aparato estatal não possui condições de controlar os efeitos que a legalização surtiria. É destacável também que não há argumentos contrários exclusivamente à legalização dos jogos de azar, sendo cristalina a concepção de que a conduta não deve sofrer sanção penal.

É imprescindível também que sejam trazidos ao debate dados que demonstram o conservadorismo brasileiro em relação ao tema, isso se dá uma vez que a tendência no mundo atual é a legalização dos jogos. Como informa o Instituto Jogo Legal (IJL):

Entre os 193 países-membros da Organização das Nações Unidas (ONU), 75,52% têm o jogo legalizado e regulamentado, sendo que o Brasil está entre os 24,48% que não legalizaram esta atividade. Já entre os 156 países que compõem a Organização Mundial do Turismo, 71,16% tem o jogo legalizado, mas vale ressaltar que entre os 28,84% (45 países) que não legalizaram a atividade, 75% são islâmicos e tem a motivação na religião. Nem todas as

nações islâmicas proíbem jogos, caso do Egito e Turquia, países de maioria islâmica, mas que permitem os jogos.

Nota-se que o país está entre os mais conservadores no assunto, sendo que até algumas nações islâmicas possuem jogo regulamentado. Há de se trazer também que a tendência da proibição é característica de um protecionismo estatal exacerbado, típico de países subdesenvolvidos, como é mostrado em preocupante estatística trazida pelo IJL:

Aprofundando esta questão georeferenciada, vale destacar que entre os 34 países que formam a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento ou Econômico – OCDE, chamados de grupo dos países ricos ou desenvolvidos, apenas a Islândia não permite jogos em seu território. Já na perspectiva do G20 – grupo de países que o Brasil pertence –, 93% das nações têm os jogos legalizados em seus territórios, sendo que apenas 6,97% ou três países não permitem: Brasil, Arábia Saudita e Indonésia. Vale lembrar que os dois últimos são islâmicos. (sic)

Nota-se aqui uma afronta ao princípio do direito penal como *ultimaratio*, eis que o Estado criminaliza uma conduta considerada “regular” na maioria dos países, sendo considerado até como um atraso na legislação brasileira.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prática milenar dos jogos de azar é considerada como já consolidada na cultura popular brasileira e amplamente explorada mundialmente. No Brasil, a modalidade já passou por diversas alterações legislativas e atualmente é considerada uma contravenção penal, sendo punida a sua prática.

Feita a análise principiológica, é notável que a prática dos jogos de azar não atenta contra bem jurídico algum, sendo inofensiva aos direitos individuais e/ou coletivos. Ressalte-se também que não resta dúvida a respeito da adequação social da mesma, sendo intrínseca aos costumes.

Além de serem comprovadamente inofensivas, a proibição resta como desarrazoada uma vez que o próprio Estado explora os jogos de azar como meio de arrecadação, possuindo uma grande variedade de jogos disponíveis a qualquer cidadão, podendo ser considerado como um paradoxo enorme.

Contudo, a questão da legalização não é simples, devendo haver um planejamento relativo às consequências que poderiam ser ocasionadas, são necessárias medidas principalmente no que tange os jogadores patológicos, a fiscalização dos resultados para que não haja manipulações e, finalmente, sobre os crimes que poderiam derivar da possível legalização.

Por fim, a legalização dos jogos de azar se trata de uma questão de necessária discussão tendo em vista a sua manifesta incoerência e afronta a diversos princípios do direito penal, sendo cristalina a concepção que a solução mais adequada ao caso é a legalização dos mesmos, permitindo a sua prática e exploração pelos particulares, fora do monopólio estatal.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BARATA, Alessandro. **Defesa dos direitos humanos e política criminal**. In: Revista Discursos Sediciosos, n. 3, Rio de Janeiro: Revan, 1997. (p. 57- 69)

BARATTA, Alessandro. **Política criminal**: entre la política de seguridad y la política social. In: ELBERT, Carlos Alberto. Criminología y sistema penal: compilación in memoriam. Buenos Aires: B de F, 2004 a, p. 152-167.

BARATTA, Alessandro. **Derechos humanos: entre violenciaestructural y violencia penal. Por lapacificación de losconflictos violentos.** Criminologia y sistema penal. Buenos Aires: B de F, 2004b, p.334-356. BECKER, Howard. **Outsiders: studies in the sociology of deviance.** New York: Free Press, 1991.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas.** Itália: RidendoCastigat Mores, 1764. Disponível em: . Acesso em: 01 maio 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. BRASIL.

BRASIL, **Constituição Federal de 1988.** São Paulo: Saraiva, 2020.

_____. **Código Penal.** São Paulo: Saraiva, 2020.

_____. **Decreto-Lei 3.688** de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais.

_____. **Decreto-Lei 9.215** de 30 de abril de 1946.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Sistema penal e sistema social: a criminalização e a descriminalização como funções de um mesmo processo.** Revista de Direito Penal. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1981, n. 30, p. 11- 27.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical.** 2ª ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2006.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Somos o país que mais pune no mundo.** Jornal Folha de Londrina, 15/07/12, p.3.

DELLAGNOL, DeltanMartinazzo. **A legalização dos bingos sob prisma da lavagem de dinheiro: Liberar o jogo seria retrocesso nas políticas públicas de prevenção e repressão da lavagem de dinheiro no Brasil.** 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Omnes et singulatim.** Trad. de Selvino José Assmann. São Pedro de Alcântara: Nephelibata, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Ofensividade no Direito Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Tão. **Quando o jogo do bicho era 'legal'.** Ou quase. In: Revista Carta Capital, São Paulo, publicado em 02/01/12.

GOULART, Frederico. **Jogo do bicho: criminalizar ou liberar de vez.** Jornal Gazeta do Povo, publicado em 27/07/12.

HULSMAN, Louk H. **Descriminalização.** In: Revista de Direito Penal. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1973, n. 9/10, p. 7-26.

JORIO, Israel Domingos. **Latrocínio: A Desconstrução de um dogma: da inconstitucionalidade à inexistência de um tipo penal.** Belo Horizonte: Editora del Rey, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PEREIRA NETO, Antônio Raimundo. **A História do Surgimento do Jogo do Bicho no Brasil e Seu Regramento Legal.** Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, v. 142, ano 37, p.31-47, abr. – jun. 2011.

PRADO, Luiz Régis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial.** 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLMO, Rosa del. **Las drogas y sus discursos.** In: PIERANGELI, José Henrique (org.). Direito Criminal. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

RIVAS, Oswaldo. **ONU denuncia superpopulação nas prisões latino-americanas.** Jornal Estadão, publicado em 22/02/2012.

RODRIGUES, Juliano Augusto. **Os jogos de azar e a Constituição brasileira.** In: Revista Jus Navigandi, 2015.

ROXIN, Claus. **Que comportamentos pode o estado proibir sob ameaça de pena? sobre a legitimação das proibições penais.** Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 317, p.69-81, mar. 2004. Porto Alegre:

RUGGIERO, Vincenzo. **Crimes e mercados: ensaios de antirriminologia.** Trad. Davi Tangerino, Luciana Boiteux e Luiz Guilherme Mendes de Paiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SALES, Felipe. **Impunidade na cabeça.** In: Revista de História, publicado em 05/01/12.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal.** 2. ed. Belo Horizonte: Livraria del Rey Editora Ltda, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

WACQUANT, Loïc. **As duas faces do gueto.** Trad. Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2008.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán: Parte General.** 11. ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

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

YOUTUBE. Vídeo do Jornal Nacional. (“**Ouça gravações de diálogos entre Demóstenes e Cachoeira**”). Publicado em 30/03/2012.

YOUTUBE. (“**Passeata jogo do bicho**”). Publicado em 03/03/08.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: teoria geral do direito penal (vol. I), 3. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2006.