

**APELAÇÃO CRIMINAL. JOGOS DE
AZAR. MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO.
ATIPICIDADE. INCIDÊNCIA DO
PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA.**

1. Hipótese em que, como decorrência do princípio da intervenção mínima, não há espaço para a intervenção do Direito Penal. Tipo penal que, ademais, não se coaduna com o Estado Democrático de Direito e, em especial, com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal).

2. Necessidade de resguardar o direito penal, sabidamente a *ultima ratio* para aquelas hipóteses em que o bem jurídico não pode ser protegido por outros meios menos gravosos, situação que claramente se desenha em relação aos jogos de azar, que tanto podem ser legalizados, quanto combatidos por outros ramos do Direito, em especial o Administrativo, que bem se presta para combater o funcionamento de estabelecimentos comerciais ou o exercício de atividades que se ponham em desconformidade com a lei.

RECURSO PROVIDO.

Recurso Crime

Turma Recursal Criminal
Nº 71006027403 (Nº CNJ: 0013190-78.2016.8.21.9000)

Comarca de Horizontina
LAURI ERNANI SCHOLZE

RECORRENTE

MINISTERIO PUBLICO

RECORRIDO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Juízes de Direito integrantes da Turma Recursal Criminal dos Juizados Especiais Criminais do Estado do Rio Grande do Sul, à unanimidade, em dar provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **Dr. Edson Jorge Cechet (Presidente)** e **Dr. Luis Gustavo Zanella Piccinin**.

Porto Alegre, 09 de maio de 2016.

DR. LUIZ ANTÔNIO ALVES CAPRA,

Relator.

RELATÓRIO

Recorre o réu da decisão que o condenou (fls. 51/55), como incurso nas sanções do artigo 58, do Decreto nº 6.259/44, à pena de 06 meses de prisão simples, em regime aberto, substituída por prestação pecuniária no valor correspondente a 02 salários mínimos, e multa de 10 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo.

Sustenta a atipicidade da conduta, da necessidade de prova pericial, postulando, ainda, o reconhecimento da continuidade delitiva.

Tanto em sede de contrarrazões, quanto nesta instância, defende o Ministério Público a manutenção da sentença condenatória.

VOTOS

Dr. Luiz Antônio Alves Capra (RELATOR)

Conheço do recurso, pois cabível e tempestivo.

I – SITUANDO A QUESTÃO:

O entendimento até então pacificado perante esta Turma Recursal é no sentido de que os jogos de azar, assim abrangidos, dentre outros, o jogo do bicho e as máquinas caça-níqueis, traduzem condutas típicas.

O consenso que ora se estabelece, no entanto, na atual composição do colegiado, é pela necessidade de rever tal posição.

Adequado, assim, o enfrentamento de tal questão sob o prisma constitucional, ou seja, à luz do Estado Democrático de Direito.

II – DA NECESSIDADE DE UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL:

Na lição de Juarez Freitas *“Interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro; qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do Direito”*.

Assim, nenhuma interpretação pode se verificar de forma descolada dos objetivos fundamentais, princípios e fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, da CF), que não se constituem em normas desprovidas de vinculatividade.

Válido, a propósito, o que defende Juarez Freitas, no sentido de que *“Em outras palavras, não se deve aceitar que os objetivos fundamentais, os princípios e os fundamentos do Estado Democrático de Direito sejam confundidos com simples disposições isoladas e destituídas de qualquer vinculatividade para a hermenêutica jurídica. Decididamente, então, é de pugnar, nos limites do sistema e sem jamais atentar contra ele, pela completa superação da teoria e, principalmente da práxis, que vê as normas programáticas como sem significado jurídico, esposando-se uma visão material do dever normativo-concretizador, não apenas dos órgãos legiferantes, mas também dos órgãos aplicadores do Direito, que jamais deveriam abdicar desta função ou deste telos de dar vida ao Estado Democrático.”*

Não apenas isso, a interpretação constitucional, como aponta com propriedade Salo de Carvalho, deve atender a um *processo de constitucionalização das leis*:

“É que a consolidação do modelo impositivista dogmático no direito (penal) induz à ignorância da força normativa da Constituição e à resignação com a aplicação mecânica das leis inferiores. Como consequência, obtém-se a manutenção da racionalidade legalista que provoca a dessubstancialização do direito, isto é, ao centrar sua análise na lei ordinária (fetichismo legalista), os aplicadores do direito mantêm eficazes normas isentas de conteúdo constitucional (inválidas materialmente). Desta forma, é comum perceber a ‘penalização’ da Constituição pela recusa do jurista ao processo de constitucionalização das leis.

A patologia que envolve o saber jurídico-penal é demonstrada com precisão por Luís Roberto Barroso: ‘(...) as normas legais têm de ser reinterpretadas em face da nova Constituição, não se lhes aplicando automática e acriticamente a jurisprudência forjada no regime anterior. Deve-se rejeitar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo.’

Dessa forma, é possível afirmar a necessidade de novo processo secularizador no direito penal, não mais voltado à separação entre direito e moral e/ou direito e natureza (processo ainda inconcluso), mas, fundamentalmente, no sentido de conferir primazia aos valores e princípios, objetivando efetivar o conteúdo constitucional das normas.”

III – DO BEM JURÍDICO TUTELADO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA.

O objeto jurídico da tutela penal, tanto em relação ao art. 50 da Lei das Contravenções Penais (jogo de azar), quanto no que diz com o art. 58 do Decreto nº 6259/44 (jogo do bicho), possuem, segundo Damásio de Jesus, a mesma objetividade jurídica, ou seja, os bons costumes.

Diverso não é o entendimento de Nucci, que igualmente identifica os bons costumes como o objeto jurídico do art. 50 da Lei das Contravenções Penais.

Em se tratando de bem jurídico afigura-se oportuna a advertência de Maria Luiza Schäfer Streck no sentido de que *“Nunca é demais lembrar que a função do Direito Penal é a de proteger bens jurídicos – que nada mais são do que valores e interesses de relevância constitucional ligados explícita ou implicitamente aos direitos e deveres fundamentais – e que a intervenção do poder punitivo se realizará para evitar comportamentos que neguem ou que violem tais valores.”*

Bitencourt, por seu turno, defende que *“a exegese do Direito Penal está estritamente vinculada à dedução racional daqueles bens essenciais para a coexistência livre e*

pacífica em sociedade. O que significa, em última instância, que a noção de bem jurídico-penal é fruto do consenso democrático em um Estado de Direito. A proteção de bem jurídico, como fundamento de um Direito Penal Liberal, oferece, portanto, um critério material extremamente importante e seguro na construção dos tipos penais, porque, assim, 'será possível distinguir o delito das simples atitudes interiores, de um lado, e, de outro, dos fatos materiais não lesivos de bem algum'. O bem jurídico deve ser utilizado, nesse sentido, como princípio interpretativo do Direito Penal num Estado Democrático de Direito e, em consequência, como o ponto de partida da estrutura do delito."

Não me parece cabível, assim, considerar que tais contravenções, que se inserem no capítulo relativo à polícia de costumes (devendo ser considerada, no mesmo contexto, aquela contemplada no art. 58 do Decreto nº 6259/44, pois dotada da mesma natureza), ambas concebidas sob um viés autoritário, ou seja, sob o império do Estado Novo, possam se justificar em um Estado Democrático de Direito, tal como se ainda hoje fosse possível conceber a existência de uma polícia de costumes e, ao mesmo tempo, o resguardo dos bons costumes em extensão tão alargada, sendo válida, aqui a crítica feita por Streck ao Código Penal de 1940 e que se estende às Contravenções Penais, pois *"Inspirado no modelo fascista, o Código Penal apontou efetivamente para o 'andar de baixo', com especial preocupação com os crimes contra o Estado, 'o livre desenvolvimento do trabalho', a 'proteção dos costumes', etc (...) De registrar que, em tempos de 'proteção da moral pelo Estado', houve a aposta em uma espécie de behaviorismo criminal, isto é, intensificou-se a punição de vícios e de comportamentos sociais. Afinal, o Estado estava preocupado em 'consertar o homem', criando para tanto, ao lado do Código Penal, a Lei das Contravenções Penais... "*

Atenta a tal questão, esta Turma Recursal, embora em outra composição, veio a reconhecer a inconstitucionalidade da punição ao apostador:

APELAÇÃO CRIMINAL. PARTICIPAÇÃO EM JOGOS DE AZAR COMO APOSTADOR. ARTIGO 50, §2º DO DECRETO-LEI Nº. 3.688/1941. MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO. DISPOSITIVO LEGAL NÃO RECEPCIONADO. ATIPICIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA REFORMADA. CONCESSÃO, DE OFÍCIO, DE ORDEM DE HABEAS CORPUS AOS CORRÈUS, PORQUE IDÊNTICA A SITUAÇÃO DESTES. Súmula vinculante nº 10 do STF. Mudança de orientação. Como a Turma Recursal Criminal não se constitui em órgão fracionário de tribunal, mas sim em órgão da justiça de 1º grau, com função, no microssistema do Juizado Especial Criminal, típica de 2º grau, afigura-se possível o reconhecimento de inconstitucionalidade em controle difuso. A punição do apostador não se coaduna com o Estado de Democrático de Direito, por macular a liberdade individual (art. 5º, X, da CF), pois a opção de participar do jogo, com todos os seus reflexos, representa tão somente o exercício da liberdade individual. Dispositivo legal que (art. 50, § 2º, da Lei das

Contravenções Penais), exclusivamente em relação a tal ponto, não foi recepcionado pela nova ordem constitucional, daí advindo a atipicidade da conduta. Entendida como atípica a conduta, a pendência da ação penal contra os corréus, em relação aos quais o processo foi suspenso e cindido, autorizada está, por implicar, em relação a ambos, que igualmente estão sendo processados pela condição de jogadores, constrangimento ilegal, a concessão de "habeas corpus" de ofício. RECURSO PROVIDO. (Recurso Crime Nº 71005420914, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Luiz Antônio Alves Capra, Julgado em 28/09/2015)

Não é diferente o olhar que devemos dirigir à prática dos jogos de azar, porque o bem jurídico tutelado, como antes analisado, corresponde aos bons costumes, ou seja, é como se estivéssemos a manter, no campo do Estado Democrático de Direito, um enclave do Estado Novo.

Favoretto refere que *“A Lei de Contravenções Penais deve ser observada de forma crítica, uma vez que prevê uma série de condutas que não mereceriam receber atenção do Direito Penal, sendo certo que outros ramos do ordenamento jurídico poderiam tutelá-las de forma adequada.”*

E aqui me desfaço da ilusão, que tanto afirmamos, de que estamos a combater outros crimes de maior potencial quando condenamos, pela prática de tal contravenção, o dono do pequeno armazém que cede ao convite para colocar algumas máquinas caça-níqueis para aumentar a sua renda, ou do funcionário da casa de jogos que, embora atue em conjunção de esforços com o verdadeiro proprietário, objetiva, na realidade, tal qual em qualquer outro emprego, tão somente a sua subsistência.

Há nitidamente, na expressão cunhada por Lenio Streck, uma criminalização do “andar de baixo”, o que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito e, em especial, com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal, pois respondemos a tais condutas, que muito bem poderiam ser combatidas, caso assim entenda o legislador, no âmbito administrativo, com os rigores do Direito Penal, quando era perfeitamente possível fazê-lo de modo menos gravoso.

No ponto se afigura oportuna a recomendação de Turessi no sentido de que *“Nessa quadra, a leitura constitucional do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito reclama, em última análise, a necessidade de sua intervenção para a salvaguarda de direitos fundamentais”*.

Nucci, por seu turno, pondera que *“não há mais sentido em se manter vigente a contravenção do art. 50 desta Lei por variadas razões. Em primeiro plano, invocando o princípio da intervenção mínima, não há fundamento para o Estado interferir, valendo-se do Direito Penal, na vida privada do cidadão que deseja aventurar-se em jogos de azar. O correto seria regularizar e legalizar os jogos, afinal inúmeros são aqueles patrocinados pelo próprio Estado, como loterias em geral. Em segundo lugar, havendo a previsão da contravenção e inexistindo, ao mesmo tempo, punição efetiva a todos que exploram esse*

tipo de jogo – e são vários – não há eficiência para o Direito Penal, que somente se desmoraliza, gerando o malfadado sentimento de impunidade”.

Abre-se espaço, nesse contexto, para a aplicação do princípio da intervenção mínima, pois como pontua Callegari “*Sendo o Direito Penal a última instância de tutela do Direito (ultima ratio), a que intervém com maior ‘violência’ no âmbito social, deve-se permitir sua atuação somente nos casos que envolvam agressões de extrema gravidade”.*

Tal questão foi examinada com absoluta propriedade por Merolli

“Nesse sentido há que se reconhecer, inicialmente, que o princípio da intervenção mínima encontra arrimo constitucional na inviolabilidade do direito à liberdade (art. 5º/CF, caput). Ora, a privação da liberdade de um homem só se legitima se resultar estritamente necessária à preservação de valores vitais e essenciais da sociedade, mesmo porque tal privação da liberdade importa em novo sacrifício social, desta feita imposto ao condenado (não podemos nos esquecer de que, com a materialização da intervenção punitiva, à ‘violência do delito’ soma-se a ‘violência da pena’). Eis a fundamental lição de HANS-HEINRICH JESCHECK a esse respeito: ‘Dado que a Constituição deseja garantir a liberdade geral da atuação humana, o Direito Penal somente pode estabelecer limitações quando seja indispensável para a proteção da sociedade’. Noutras palavras, só se legitimará uma privação do direito constitucional de liberdade se essa mesma privação mostrar-se imprescindível à intangibilidade do convívio seguro entre as pessoas.

Mais do que isso, a utilização abusiva e desnecessária da intervenção punitiva importa frontal ofensa ao princípio da ‘dignidade da pessoa humana’ – fundamento republicano (art. 1º/CF, inc. III) – até porque, e não podemos esquecer, a sanção penal, entre todos aqueles meios sancionatórios que estão à disposição do Estado, representa o instrumento mais custoso e lesivo aos direitos fundamentais.

(...)

Por sua vez, de acordo com o caráter subsidiário do Direito Penal, concebe-se que a incriminação de uma conduta somente se mostra legítima se constituir meio imprescindível para a proteção do bem jurídico. O caráter subsidiário do Direito Penal indica, assim, que se outras formas de controle social se mostram suficientes para a tutela do bem jurídico, a criminalização de uma conduta não é recomendável. Ou seja, se essas outras formas de controle social evidenciam-se como sendo mais eficazes à proteção do bem jurídico, são precisamente elas que devem ser utilizadas, e não as medidas penais, posto que o Direito Penal representa a forma mais drástica e incisiva de intervenção punitiva do Estado na esfera de liberdade

individual dos cidadãos. Com efeito, se repararmos com o devido cuidado, cuida-se, em Direito Penal, da intervenção do instrumento mais agudo e penetrante na esfera da liberdade individual dos cidadãos, do meio mais custoso e lesivo aos direitos fundamentais, portanto de que o Estado dispõe em seu arsenal punitivo; enfim, daquela sanção jurídica que compõe e expressa a 'artilharia pesada do Estado', conforme a feliz expressão de PAULO QUEIROZ."

Há necessidade, pois, de resguardar o direito penal, sabidamente a *ultima ratio* para aquelas hipóteses em que o bem jurídico não pode ser protegido por outros meios menos gravosos, situação que claramente se desenha em relação aos jogos de azar, que tanto podem ser legalizados, quanto combatidos por outros ramos do Direito, em especial o Administrativo, que bem se presta para combater o funcionamento de estabelecimentos comerciais ou o exercício de atividades que se ponham em desconformidade com a lei.

Aqui, como decorrência do princípio da intervenção mínima, não há espaço para a intervenção do Direito Penal.

Voto, pois, por dar provimento ao recurso a fim de absolver o réu, fazendo-o com fulcro no art. 386, III, do CPP.

Dr. Luis Gustavo Zanella Piccinin (REVISOR) - De acordo com o(a) Relator(a).

Dr. Edson Jorge Cechet (PRESIDENTE) - De acordo com o(a) Relator(a).

DR. EDSON JORGE CECHET - Presidente - Recurso Crime nº 71006027403, Comarca de Horizontina: "À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO."

Juízo de Origem: 2ª. VARA HORIZONTINA - Comarca de Horizontina