

5. PARECERES E TRABALHOS FORENSES

5.1

MÁQUINAS DE DIVERSÃO ELETRÔNICA PARA ADULTOS EM FACE DA LEGISLAÇÃO CRIMINAL

DAMÁSIO E. DE JESUS

SUMÁRIO: 1. Consulta – 2. Inexistência da contravenção de jogo de azar (art. 50 da Lei das Contravenções Penais): 2.1 Atipicidade do fato por ausência de jogo; 2.2 Atipicidade do fato em face da ausência de imputação objetiva de lesão a bem jurídico. A teoria do risco permitido como excludente da tipicidade; 2.3 Licitude do fato diante da autorização do Poder Público para a exploração de concursos eletrônicos em que o resultado depende de prognósticos calcados na teoria da probabilidade – 3. A Lei 9.615, de 24.03.1998 (Lei Pelé) e as máquinas de diversão eletrônica – 4. A Portaria 23, de 08.06.1999, e as máquinas de diversão eletrônica – 5. Inexistência de crime contra a economia popular (art. 2.º, IX, da Lei 1.521, de 26.12.1951) – 6. Conclusões – 7. Respostas aos quesitos.

1. Consulta

Os ilustres advogados Drs. Fábio Barbuglio e Jamil Chokr, fornecendo-nos laudos periciais, cópias de sentenças, acórdãos, alvarás, portarias e inúmeros documentos, solicitam-nos parecer a respeito de eventual configuração de crime ou contravenção penal no fato da exploração de máquinas de diversão eletrônica para adultos (“caça-níqueis”).

Para tanto, são formulados os seguintes quesitos:

1.º – A exploração de máquinas de diversão eletrônica para adultos tipifica a contravenção do art. 50, *caput*, do Dec.-lei 3.688, de 30.10.1941 (Lei das Contravenções Penais)?

2.º – Trata-se de jogo de azar?

3.º – Há fraude no funcionamento das máquinas?

4.º – É possível haver, na hipótese objeto da consulta, crime contra a economia popular descrito no art. 2.º, IX, da Lei 1.521, de 26.12.1951 (Lei de Economia Popular)?

Passamos a dar nosso parecer.

2. Inexistência da contravenção de jogo de azar (art. 50 da Lei das Contravenções Penais)

2.1 Atipicidade do fato por ausência de jogo

O art. 50, *caput*, da Lei das Contravenções Penais, definindo a infração denominada “jogo de azar”, tem a seguinte redação:

“Estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele.”

A conduta típica consiste em estabelecer e explorar o jogo de azar em local público ou acessível ao público, mediante pagamento ou não de entrada. *Estabelecer* significa instalar e manter a casa de jogo, com móveis, máquinas, fichas, roletas etc. *Explorar* quer dizer executar o jogo. A contravenção deve ser cometida em lugar público ou acessível a ele, *i. e.*, em local aberto a todas as pessoas, como praças, ruas, jardins, parques, museus, teatros, cinemas, templos etc. São equiparados a lugar acessível ao público os mencionados nas alíneas *a* a *d* do § 4.º.

O exame do dispositivo revela serem elementos da infração penal:

- 1.º) tratar-se de jogo;
- 2.º) o jogo deve ser qualificado como de azar; e
- 3.º) ser explorado.

Esses dados denominam-se elementares típicas. Fazem parte do tipo penal, configurando sua essência. Faltando um deles, inexistente contravenção, falando-se em atipicidade.

Inúmeros são os fatos da vida social que, por lesar ou colocar em perigo interesses jurídicos relevantes, ensejam a aplicação da sanção penal. Para isso, o legislador descreve as condutas consideradas nocivas à ordem jurídica, ensejando essa tarefa a noção de “tipicidade”. O tipo legal, portanto, é a expressão abstrata dos elementos objetivos, subjetivos e normativos do fato lesivo, que, todavia, não se confundem com o fato concreto. Este é praticado pelo sujeito a par de várias circunstâncias, de natureza também subjetiva e objetiva, ocasionais ou preparadas, variáveis segundo as condições determinadoras do comportamento humano. Assim, o tipo penal não consegue conter todos os elementos e circunstâncias do fato concreto, traduzindo-se numa definição incompleta, pois o legislador não pode prever todos os detalhes da ação ou omissão, que variam de uma para outra. Em face disso, a figura típica fundamental deve indicar apenas os elementos necessários para individualizar a conduta considerada nociva, postergando a um plano secundário as outras circunstâncias que, ou servem para exacerbar ou diminuir a pena, ou são subsídios de sua fixação qualitativa (circunstâncias legais ou judiciais). É imprescindível, contudo, que haja perfeita correspondência, para existir infração penal, entre o fato concreto e o modelo legal.

Como se vê, para haver crime ou contravenção não basta que o fato seja genericamente antijurídico (ilicitude extrapenal). Exige-se que se amolde a uma norma penal incriminadora. Daí a questão da adequação típica, que consiste em a

conduta subsumir-se no tipo penal. Esse problema nem sempre é tarefa simples que resulte de análise ligeira e mecânica da lei, pois os tipos não são valores numéricos, nem puros conceitos lógicos, e, sim, normas que contêm uma essência que forma um complexo sistema de relações entre uma figura e outra. Para conseguir uma adequação correta é sempre necessário indagar a que figura típica deve atender-se entre as muitas que em regra podem ser aplicadas a um determinado comportamento.

Faltando uma elementar não há infração penal. Assim, quando, diante da figura típica, excluindo-se determinado elemento, o crime desaparece, estamos em face de uma elementar. De maneira que, em face do tipo legal, podemos excluir um desses elementos. Se a figura típica deixa de existir perante o fato real, o dado referido (objetivo, subjetivo ou normativo) atua como elementar do crime. Nota-se que a ausência da elementar causa a atipicidade absoluta.

É inegável que, na descrição da contravenção do jogo de azar, a expressão “jogo” tem posição de elementar: “Estabelecer ou explorar jogo...” (art. 50, *caput*, da lei especial). A exploração de máquinas de diversão eletrônica para adultos, entretanto, não pode ser definida como jogo.

De acordo com o pacífico entendimento dos civilistas, que não divergem no tempo, jogo é todo contrato aleatório pelo qual duas ou mais pessoas prometem a uma ou algumas, dentre os contratantes, determinada soma a quem a eventualidade for favorável (Coelho da Rocha. *Instituições de direito civil português*. 6. ed. Lisboa, 1886. vol. II, § 874, p. 861).

Carvalho Santos conceituava jogo como “o contrato aleatório, por meio do qual duas ou mais pessoas prometem a uma dentre elas, a quem for favorável certo azar, um ganho determinado (*Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1964. vol. XIX, p. 412).

Clóvis Beviláqua não divergia desse entendimento, conceituando-o como “contrato aleatório, em que duas ou mais pessoas prometem certa soma àquela, dentre as contraentes, a quem for favorável certo azar” (*Código Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro : Francisco Alves, 1943. vol. V, 1934, p. 237).

No mesmo sentido a doutrina de Washington de Barros Monteiro: “Efetivamente, o jogo é o contrato pelo qual duas ou mais pessoas se obrigam a pagar certa soma àquela, dentre os contratantes, que resulta vencedora na prática de determinado ato, a que todas se entregam” (*Curso de direito civil – Direito das obrigações*. 2.ª parte. 31. ed. São Paulo : Saraiva, 1999. vol. V, p. 356).

Do mesmo sentir era Carvalho de Mendonça: “Jogo é um contrato aleatório, em virtude do qual duas ou mais pessoas prometem uma soma àquela a quem favorecer um certo azar, quer na operação entre a indústria, quer não, mas *in quo fortuna magis, quam ars et ingenium dominatur*. É uma dupla promessa condicional de uma coisa dependente do azar” (*Contratos no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1938, atualização de Achilles Beviláqua, t. II, p. 439).

Como ensina Maria Helena Diniz, “jogo é o contrato em que duas ou mais pessoas prometem entre si pagar certa soma àquela que conseguir um resultado favorável de um acontecimento incerto” (*Direito civil brasileiro*. 13. ed. São Paulo : Saraiva, 1998, vol. III, p. 411).

Não discrepa a lição de Carlos Roberto Gonçalves: “Jogo e aposta são contratos aleatórios. No primeiro o resultado decorre da participação dos contratados. O êxito ou insucesso dependem da atuação de cada jogador. O vencedor fará jus a uma certa soma, previamente estipulada. Na aposta, o resultado não depende das partes, mas de ato ou fato alheio e incerto. Vence a aposta aquele cujo ponto de vista a respeito de fato praticado por outro se verifique ser verdadeiro. O tratamento legal dado aos dois institutos é o mesmo” (*Direito das obrigações – Parte especial*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1999, vol. VI, p. 150).

Sílvio de S. Venosa apresenta a mesma lição: “Jogo é o contrato por meio do qual duas ou mais pessoas se obrigam a pagar determinada quantia ou coisa diferente de dinheiro àquele que resultar vencedor na prática de atividade intelectual ou física. No jogo, a soma prometida parte dos próprios participantes da atividade lúdica” (*Manual dos contratos e obrigações unilaterais de vontade*. São Paulo : Atlas, 1997. p. 290).

Podem ainda ser citados, adotando a mesma orientação:

Orlando Gomes. *Contratos*. Rio de Janeiro : Forense, atualização de Humberto Teodoro Júnior, 1999, p. 427 e 428;

Sílvio Rodrigues. *Direito civil – Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 26. ed. São Paulo : Saraiva, 1999, vol. III, p. 364;

Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998, vol. III, p. 322;

Serpa Lopes. *Curso de direito civil – Fontes das obrigações – Contratos*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1964. vol. IV, p. 413;

Márcio Martins Bonilha. “Jogo e aposta”, em *Contratos nominados – Doutrina e jurisprudência*. São Paulo : Saraiva, 1995. p. 310;

Dicionário Jurídico. Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Rio de Janeiro : Forense, 1990. p. 313.

Observa-se que o jogo, em face de sua natureza contratual, é ato jurídico “bilateral”. A bilateralidade, como se nota nos conceitos doutrinários, é uma de suas características. É de sua essência a “contenda”, a “luta” entre duas ou mais pessoas. No caso das máquinas de diversão eletrônica para adultos, entretanto, não há contendores, inexiste luta intelectual ou de habilidade manual entre duas pessoas. Não há, pois, “jogo”.

O art. 50 da lei especial, não definindo “jogo”, contenta-se em arrolar os casos em que deve, segundo ela, considerar-se “de azar”:

“§ 3.º Consideram-se jogos de azar:

(...)

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

Nota-se a necessidade de que o “risco” atinja “contendores”, no plural, circunstância que decorre da bilateralidade. O risco das partes é elemento do jogo de azar. Se apenas um deles enfrenta a possibilidade de ganhar ou de perder, se “não há risco” de ambos, não há jogo de azar. É o que ocorre na hipótese do parecer,

em que a eventualidade de ganhar ou de perder atinge quem joga. "O usuário interage apenas com a máquina, submetendo-se sozinho ao risco de ganhar ou perder" (laudo do perito José Lopes Zarzuela, Prof. da Academia de Polícia Civil do Estado de São Paulo). A eventualidade não alcança o proprietário da máquina, a quem se atribui parcela compensatória dos gastos de sua aquisição, manutenção e funcionamento. Ele não intervém "dependendo da sorte". Insista-se: nos termos da lei, para que haja jogo de azar é indispensável que o ganho e a perda estejam condicionados à sorte. A norma não fala em ganho ou perda. Ora, se o tipo penal tem o "jogo de azar" como elementar e se no fato concreto da utilização de máquinas de diversão eletrônica para adultos ele não existe, resulta a atipicidade absoluta da conduta da exploração.

Não há falar-se em "jogo". E se ele existisse, não seria "de azar".

No encontro científico que tivemos em 18.08.1999 com Gimbernat Ordeig, considerado hoje o maior penalista da Espanha, tivemos a oportunidade de com ele conversar e expor nossa opinião a respeito da exploração de máquinas de diversão eletrônica para adultos em face da lei penal brasileira, apresentando-lhe a descrição do art. 50 da Lei das Contravenções Penais. Concordou com a nossa posição em termos de que o fato é atípico, concluindo que "somente seria típico se tivéssemos a seguinte redação: 'Estabelecer ou explorar máquinas de diversão eletrônica'" (ou definição semelhante). Observação: Gimbernat Ordeig é autor de prestigiosas obras de Direito Penal, dentre elas podendo ser citadas: *¿Qué es la imputación objetiva?*, *La causalidad en derecho penal*, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, *Sobre los conceptos de omisión y comportamiento* etc.

Entendimento nesse sentido foi manifestado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, especificamente pela Promotoria de Justiça Criminal de Santos, em ofício de 26.08.1986 endereçado ao Delegado de Polícia Seccional da região, documento a que tivemos acesso: "Sucede, porém, que a exploração de máquinas" de diversão eletrônica, "segundo nosso entendimento, não constitui jogo. Em seu manejo não interfere a sorte uma vez que está tudo previamente programado, e tampouco a habilidade do apostador, que se limita a apertar teclas e esperar que a máquina apresente o programa preestabelecido..." (documento que nos foi apresentado).

No Laudo Pericial 01/020/19614/99, elaborado pelos peritos William do Amaral Júnior e Adriano Issamu Yonamine, da Superintendência da Polícia Técnico-Científica da Secretaria da Segurança Pública do Estado de São Paulo, solicitado pelo Exmo. Sr. Delegado de Polícia Divisionário da Discepc-Decon, Dr. Luiz Alberto de Souza Ferreira, e datado de 24.06.1999, o primeiro quesito apresenta a seguinte redação: "O resultado processado pela máquina examinada, ou seja, o ganho ou a perda, depende exclusivamente ou principalmente da sorte?" A que os senhores peritos responderam: "Sim", sem qualquer fundamentação, i.e., sem unir a resposta sintética aos fundamentos da própria perícia, o que lhe retira a consistência, como veremos.

Observe-se que o art. 50, § 3.º, *a*, da Lei das Contravenções Penais, contém a cumulativa "e", ou seja, "o jogo em que o ganho e a perda dependam exclusiva ou

principalmente da sorte” (destaque nosso). No laudo, o primeiro quesito versou sobre a alternativa “ou” (“o ganho ou a perda”...). Ora, se o “ganho” *ou* a “perda”, segundo o laudo pericial, na utilização da máquina examinada, depende, um ou outra, da sorte, há um empate. Além disso, o laudo esclarece que a “relação entre a entrada e a saída representa a devolução de créditos aos usuários” na base “de 84,26%”. Ora, se o “ganho” ou a “perda”, de acordo com o laudo, dependem da sorte, como é que a máquina poderia devolver aos usuários cerca de 84,26% de créditos? A margem bruta de ganho do proprietário é inferior à quinta parte do faturamento total, enquadrando-se nos limites aceitos como lícitos e normais, de acordo com o art. 4.º, *b*, da Lei 1.521/51 (laudo do perito Dr. José Lopes Zarzuela, Prof. da Academia de Polícia Civil do Estado de São Paulo).

A Portaria 23, de 08.06.1999, disciplinou o Dec. 2.574, de 29.04.1998, que, por sua vez, regulamentou a Lei 9.615, de 24.03.1998 (Lei Pelé). Seu art. 28 reza o seguinte:

“É vedada a instalação e a operação de quaisquer tipos de máquinas de jogo de azar, de máquinas de diversões eletrônicas e/ou máquinas eletrônicas programadas para a exploração do jogo de bingo que não atendam às especificações desta Portaria, em especial ao disposto nos Capítulos I, II, III e IV desta Portaria.”

Note-se que a disposição fala em “máquinas de jogo de azar” e “máquinas de diversões eletrônicas”. Estão separadas na oração. Logo, “máquinas de diversões eletrônicas” não são “máquinas de jogo de azar”. Conclusão: a utilização das “máquinas de diversão eletrônica” não pode configurar “jogo de azar”. Não há falar-se, assim, em contravenção de jogo de azar.

E não pode ser empregada a analogia, no sentido de se enquadrar o fato na norma contravençional por semelhança ou equiparação. Como sabemos, é vedado em matéria penal o emprego da analogia *in malam partem*. E nem cabe interpretação extensiva: não pode ser considerado “jogo de azar” aquilo que nem jogo é.

Assim, o fato da utilização das máquinas de diversão eletrônica para adultos é absolutamente atípico em face da contravenção de jogo de azar (art. 50 da Lei das Contravenções Penais).

2.2 *Atipicidade do fato em face da ausência de imputação objetiva de lesão a bem jurídico. A teoria do risco permitido como excludente da tipicidade*

Foi sempre um problema para a teoria da relação de causalidade objetiva (*imputatio facti*) a questão do risco de determinada conduta. Suponha-se que o filho, para ficar com a herança do pai, conhecedor do perigo das tormentas, induza-o a visitar um bosque no momento em que se aproxima uma tempestade, vindo uma descarga a matá-lo. Aplicada a doutrina causal da *conditio sine qua non*, responderia pelo resultado por força da teoria da equivalência dos antecedentes: eliminado o induzimento, a vítima não iria ao bosque e não encontraria a morte (princípio da eliminação hipotética). Estariam presentes, no fato típico, o comportamento doloso, o resultado (morte do pai), o nexo de causalidade entre a indução e o evento e a tipicidade. E, ausente causa excludente da antijuridicidade,

o filho imputável responderia por crime de homicídio doloso, uma vez exigível conduta diversa e evidente o conhecimento potencial da ilicitude.

Imagine-se que o sujeito disponha uma máquina de diversão eletrônica em lugar público, vindo uma pessoa maior a perder dinheiro no jogo. Aplicada a teoria da equivalência dos antecedentes, numa visão meramente objetiva do nexo de causalidade, o proprietário do mecanismo seria causador da redução do patrimônio do jogador, respondendo por eventual infração penal.

Em todos os hipotéticos casos, aplicando-se rigorosamente a teoria do nexo causal (teoria da equivalência das condições), os sujeitos respondem por crime, se previsto em lei, imputando-se objetivamente o resultado material (Teresa Pizarro Beza. *Direito penal*. Lisboa : AAFDL, p. 139).

Essa solução, entretanto, não é correta, uma vez que os sujeitos apenas se aproveitaram de riscos existentes na vida social, alguns normalmente tolerados, os chamados “riscos permitidos”, não tendo realmente “criado”, com seus convites, artifícios e maquinações, perigo para objetos jurídicos das pretensas vítimas. No caso da tempestade, por exemplo, a morte do pai ocorre sob o efeito de forças naturais não controláveis pelo filho, que não tem domínio sobre o fato. Ele não pode ser considerado “autor”. Por isso, a doutrina vinha há muito tempo recomendando a eliminação, nos Códigos Penais, da exigência da relação de causalidade objetiva entre a conduta e o resultado nos crimes materiais.

A imputação, na verdade, não é um problema de nexo objetivo entre a conduta e o resultado naturalístico, mas de relação entre um comportamento e a afetação de um bem jurídico. No sentido de dar solução acertada a tais casos, investindo contra a causalidade material, a doutrina passou a adotar outras teorias, como a da condição próxima, da causa eficiente, da causalidade adequada, da relevância típica etc. Essas novas idéias, entretanto, não resolveram todos os problemas da relação causa-resultado. Em face disso, os penalistas procuraram soluções na doutrina da “imputação objetiva”, nos dias de hoje a mais acatada no terreno da atribuição do resultado jurídico.

No plano penal, não obstante as críticas ao princípio da causalidade formuladas no campo das ciências naturais e sociais, a regra da relação entre o antecedente e o conseqüente prosseguiu durante muito tempo, até que, no século XX, pretendeu-se amenizar o princípio da “determinação” com a introdução da teoria da “probabilidade”. Assim é que, no relacionamento entre conduta e resultado, autores passaram a advogar a teoria da causalidade adequada e da relevância típica, dentre outras.

Foi nesse contexto que surgiu a teoria da imputação objetiva como “verdadeira alternativa à causalidade” (Juan Bustos Ramírez, “La imputación objetiva”, em *Teorías actuales en el derecho penal*. Buenos Aires : Ad-Hoc, 1998, p. 211). Pretende substituir, no futuro, a doutrina da causalidade material (Raul Peña Cabrera. *Tratado de derecho penal, Estudio programático de la Parte General*. Lima : Editora Jurídica Grijley, 1995, I:291). No momento, sem prescindir de maneira absoluta da causalidade, é seu complemento (José María Luzón Cuesta. *Compendio de derecho penal, Parte General*. Madri : Dykinson, 1998, p. 76), atuando como critério restritivo do dogma causal material (Cezar Roberto

Bitencourt. *Teoria geral do delito*. São Paulo : RT, 1997. p. 68, nota 4). Ela completa a teoria do nexo de causalidade objetiva, fornecendo solução adequada às hipóteses em que as doutrinas naturalistas não apresentam resposta satisfatória. É amplamente dominante na doutrina, especialmente na Alemanha e na Espanha.

De acordo com a teoria da imputação objetiva, o fato só pode ser atribuído ao sujeito quando sua conduta criou ao bem jurídico um risco juridicamente não permitido, materializando-se o perigo no evento típico (Jescheck. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Granada : Editorial Comares, trad. de José Luis Manzanares Samaniego, 1993. p. 258).

Pressupõe “a realização de um perigo criado pelo autor e não coberto por um risco permitido dentro da abrangência do tipo” (Claus Roxin. *Derecho penal*. Madri : Civitas, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, 1997. p. 364, n. 41). Tem por fundamento “o incremento do risco e o fim de proteção da norma” (Luiz Régis Prado. *Curso de direito penal brasileiro. Parte geral*. São Paulo : RT, 1999. p. 167). Por isso, não põe em destaque o resultado naturalístico, próprio da doutrina causal clássica e do fato típico, e sim o resultado (ou evento) jurídico, que corresponde à lesão ou ao perigo de lesão do bem penalmente tutelado, i.e., o objeto jurídico.

Para que haja uma figura típica concretizada pelo sujeito, segundo a teoria da imputação objetiva, cumpre verificar:

- 1.º – se a conduta criou um risco juridicamente proibido ao bem jurídico;
- 2.º – se o fato concretizado corresponde à realização do risco juridicamente desaprovado (Henrique Bacigalupo. *Manual de derecho penal. Parte general*. Bogotá : Temis-Ilanud, 1984. p. 99).

Faltando um dos requisitos o fato é atípico, uma vez que a imputação objetiva pertence à tipicidade. Assim, a ausência da imputação objetiva conduz à atipicidade do fato. De modo que não há delito por ausência de fato típico. E inexistente fato típico por ausência de tipicidade.

No caso objeto do parecer, como veremos, inexistente lesão a objeto jurídico.

A doutrina penal entende que o objeto jurídico do crime é o bem-interesse protegido pela norma. Bem é tudo aquilo que satisfaz as necessidades humanas, seja de conteúdo material ou imaterial, como a vida, a honra, o patrimônio etc. Interesse é a relação entre o sujeito e o bem. Como dizia Antolisei, bem é tudo aquilo que nos pode servir, consistindo em qualquer coisa apta a satisfazer a necessidade humana, podendo configurar um objeto do mundo exterior (ex.: uma coisa que se possua), uma qualidade do sujeito (ex.: a incolumidade corpórea) ou algo de natureza imaterial, como a solidariedade humana, a honra, o pudor etc. (*Manual de derecho penal*. Buenos Aires : Uthea, trad. Juan Del Rosal e Ángel Torio, 1960. p. 134). No fundo, observava Antolisei, o interesse não é mais do que o reflexo subjetivo do bem e expressa a tendência ou aspiração do sujeito em sua conservação (idem). De observar, contudo, que muitos doutrinadores empregam indistintamente as expressões “bem” e “interesse” para indicar a objetividade jurídica do delito.

Modernamente, entende-se que, na realidade, objeto (ou bem) jurídico é a “relação de disponibilidade” entre o sujeito e a coisa (Zaffaroni e Pierangelli).

Manual de direito penal brasileiro. São Paulo : RT, 1997. p. 464 e 465). Note-se que o dano (lesão) pode recair sobre o interesse, sobre o bem ou sobre ambos. Como observava Antolisei, no furto de um automóvel não há alteração do objeto material (bem), recaindo a lesão sobre o interesse (relação entre o proprietário ou possuidor e a coisa). Se, entretanto, alguém destrói o veículo, a lesão incide diretamente sobre o bem. É de ver que, no último caso, lesionando o objeto material (bem), o sujeito ofende também o interesse, uma vez que, destruindo o automóvel, o autor causa a perda, por parte do *dominus*, da *disponibilidade* sobre ele. A lesão do bem, na lição de Antolisei, pode ou não verificar-se; a lesão do interesse, porém, sempre ocorre (*La acción y el resultado en el delito*, trad. José Luis Pérez Hernández. México : Editorial Jurídica Mexicana, 1959. p. 120, n. 40). Conclui-se que o crime pode atingir o objeto jurídico (interesse) sem afetar o objeto material (bem). Em certos casos, ofende não só o interesse, lesionando também o objeto material. Em todas as hipóteses, porém, há dano ao interesse.

No fato aventado no parecer inexistente imputação objetiva em razão da autorização do Poder Público na importação das questionadas máquinas, após perfeição regular na esfera federal. Quer dizer: nenhum fato criminal pode ser imputado aos proprietários porque a conduta da exploração das máquinas, legalmente importadas, não cria “risco juridicamente proibido ao bem jurídico” (1.^a condição da imputação objetiva).

Qual a razão?

Ocorre que o Estado permite a importação de máquinas de diversão eletrônica, impondo-lhe tributos. Ora, ele não permitiria a importação de máquinas cujo mecanismo, quando acionado, viesse causar um risco aos usuários. Se a importação é legal, não se pode falar em “risco proibido” em sua utilização.

Como consta dos documentos a nós apresentados, o Estado, diga-se, o Governo Federal, autoriza a importação das mencionadas máquinas, cobrando o imposto devido. Logo, o fato de sua exploração não cria nenhum “risco proibido” ao *superado* objeto jurídico da contravenção questionada, qual seja, “os bons costumes”. Sob outro aspecto, se a própria Constituição Federal permite os “concursos de prognósticos”, como admitir que configura infração penal de jogo de azar a utilização de um mecanismo legalmente importado e objeto de tributação exigida pelo Governo Federal? Ainda mais quando nesse mecanismo não se pode dizer que haja jogo! Como se o Estado dissesse: “Pode importar a máquina, pagando tributo. Mas se a colocar em funcionamento, comete ilícito penal”.

A conduta de quem induz alguém a submeter-se a um risco normal na vida em sociedade, o chamado “risco tolerado”, não gera adequação típica, *i.e.*, não constitui nenhum tipo incriminador, por aplicação da teoria da imputação objetiva. Segundo a doutrina mais moderna, induzir alguém a se colocar em tal situação que venha a correr um risco natural na vida social, tolerado e permitido pela ordem jurídica, não pode configurar tipo penal incriminador. De modo que não há delito por ausência de fato típico. É o que ocorre no caso do parecer: o proprietário da máquina dispõe ao usuário uma situação permitida pelo Estado, uma vez que este permite sua importação tributada, de modo que se torna implícita a tolerância a eventual risco advindo de sua utilização (teoria do risco tolerado). O fato não pode configurar infração penal.

2.3 *Licitude do fato diante da autorização do Poder Público para a exploração de concursos eletrônicos em que o resultado depende de prognósticos calcados na teoria da probabilidade*

Para efeito de argumento, ainda que, por mera suposição, o que não ocorre entre nós, a utilização de máquinas de diversão eletrônica para adultos fosse jogo, ou que não fosse caso de aplicação da teoria da imputação objetiva, apresentando o fato de sua exploração tipicidade em face da norma do art. 50 da Lei das Contravenções Penais, não constituiria infração penal por ausência de antijuridicidade, como procuraremos demonstrar.

De se questionar o valor do consentimento ou autorização do pretendo sujeito passivo para a prática do fato em tese considerado infração penal.

O Código Penal de 1890, em seu art. 26, c, determinava que o consento do ofendido não excluía a intenção criminosa, salvo nos casos em que a lei só a ele permitia a ação criminal. A disposição tratava do consentimento do ofendido manifestado após a prática do crime e a expressão “ação criminal” era empregada no sentido de “ação penal” e não de conduta criminosa. Daí as observações de Lima Drummond: “O consentimento posterior não evitaria, porém, a responsabilidade criminal do agente, a menos que esse consentimento se traduzisse em perdão como causa extintiva da ação penal em crimes de ação privada. Naturalmente, por isso, o legislador brasileiro estabeleceu no CP, art. 26, c, que não dirime nem exclui a intenção criminosa o consentimento do ofendido, menos nos casos em que a lei só a ele permite a ação criminal. É imprópria a terminologia do CP, porque, nos casos excepcionais em que a lei só ao ofendido permite ação criminal, o consentimento do ofendido não dirime, nem exclui, propriamente, a intenção criminosa, se esse consentimento é posterior. O consentimento posterior impede que se inicie a ação penal nos crimes de ação privada” (Paulo Domingues Viana. *Segundo as preleções de Lima Drummond, Direito criminal*. 6. ed. Rio de Janeiro, 1936. p. 115 e 116).

O Projeto Sá Pereira, em sua feição primitiva, conceituava o consentimento do ofendido como causa de isenção de pena “quando o objeto do crime for um bem ou um interesse jurídico de que o respectivo titular possa validamente dispor”.

O Projeto Alcântara Machado, em seu art. 14, I, determinava: “Não será também punível aquele que praticar a ação ou omissão com o consentimento de quem possa validamente dispor do direito ameaçado ou violado”. A Comissão Revisora, porém, entendeu desnecessária a disposição, motivo pelo qual o Código Penal de 1940 não tratou da matéria. Nem as reformas penais de 1977 e de 1984.

Hoje, em face de nossa legislação criminal, o consentimento do sujeito passivo pode funcionar como:

- a) causa excludente da tipicidade; ou
- b) causa excludente da antijuridicidade.

Quando a figura típica contém o dissentimento do ofendido como elemento específico, o consenso funciona como causa de exclusão da tipicidade. Exs.: 1.º) o crime de violação de domicílio possui a seguinte descrição: “Entrar ou per-

manecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências" (CP, art. 150, *caput*); 2.º) o art. 164 do mesmo estatuto, descrevendo um subtipo de crime de dano, tem a seguinte redação: "Introduzir ou deixar animais em propriedade alheia, sem consentimento de quem de direito, desde que do fato resulte prejuízo". Nesses casos, o dissenso do pretense sujeito passivo funciona como elementar dos tipos. Assim, a presença do consentimento da vítima torna atípicos os fatos. No crime do art. 150, se o titular do bem jurídico consente na entrada do agente, o fato por este cometido é atípico, *i. e.*, não se amolda à definição legal.

Nas figuras em que o dissentimento do ofendido não aparece como elementar, o consenso funciona como causa de exclusão da antijuridicidade. Exs.: 1.º) não há crime de dano (CP, art. 163) quando o titular do bem jurídico consente em que seja danificado, destruído ou deteriorado; 2.º) não há delito de injúria (CP, art. 140) quando o titular da honra subjetiva consente em que seja maculada.

É o que ocorre no fato objeto do parecer, em que o elemento normativo "falta de autorização" não está contido na definição da contravenção de jogo de azar (art. 50, *caput*, da Lei das Contravenções Penais), como veremos a seguir.

Cumprе assinalar que, hoje, a Seguridade Social tem por suporte material a "receita de concursos de prognósticos" (sustentação parcial). Sobre isso, dispõe a Constituição Federal em seu art. 195, III:

"A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

(...)

III – sobre a receita de concursos de prognósticos."

Verifica-se que parte da receita obtida dos concursos de prognósticos, admitidos pela Carta Magna e atualmente realizados por órgãos do Poder Público e também por sociedades comerciais e civis (art. 35, § 1.º, do Dec. 2.173/97), é destinada à Seguridade Social. Assim, a licitude do exercício da atividade que concretiza os concursos de prognósticos advém de preceito constitucional. Não pode, pois, ser considerado ilícito pela lei ordinária, quer do ponto de vista civil quer criminal. Sua legalidade tem origem em lei máxima, *i. e.*, tem por cobertura a própria Carta Magna. Como é cediço, a norma ordinária está proibida de considerar crime ou contravenção fato autorizado pela lei maior.

Como observou André Ramos Tavares, proibições, como a contida na Lei das Contravenções Penais, não subsistem em face da Constituição Federal de 1988 ("Os jogos de azar", *Folha de S. Paulo*, Letras jurídicas, 11.01.1998). A conclusão é absolutamente correta: não pode ser considerada infração penal a prática de fato permitido pela Constituição Federal. Não é crível que a mais alta norma do País venha a admitir a tributação de atividade ilícita. Com efeito. Se o concurso de prognósticos é constitucionalmente lícito, sua prática, obedecidas as prescrições legais, não pode ser proibida pela ordem jurídica infraconstitucional. Na lição de Luiz Flávio Gomes, as normas que permitiram à União a exploração lotérica em nosso País derogaram as leis de Direito

Penal que proibiam o jogo de azar (*Estudos de direito penal e processo penal*. São Paulo : RT, 1999. p. 203).

É comum na doutrina brasileira o ensinamento de que os bons costumes constituem o bem jurídico da contravenção de jogo de azar (Marcello Jardim Linhares. *Contravenções penais*. São Paulo : Saraiva, 1980. p. 424). Esta tese está superada. Era correta ao tempo em que o Estado não se permitia a prática de jogos, época em que a moralidade desrespeitada inspirava a cominação de sanções aos contraventores da jogatina (José Duarte. *Comentários à Lei das Contravenções Penais*. 2. ed. Rio de Janeiro, 1958, II:224 e 225). Hoje, contudo, quando o Estado mantém parte do monopólio do jogo, como manter a “regra da parte lícita e da parte ilícita”? Como diz Luiz Flávio Gomes, “se o jogo em si fosse imoral, como poderia o Estado explorá-lo?” (op. cit., p. 207). No mesmo sentido: Giovanni Pioletti, *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, 1970, p. 69, apud Luiz Flávio Gomes, op. cit., p. 207, nota 11; Giovanni Pioletti, *Il giuoco nel diritto penale*, p. 55; Paulo Lúcio Nogueira, op. cit., p. 273. Na verdade, a objetividade jurídica da infração do art. 50 da Lei das Contravenções Penais projeta-se no “monopólio estatal da exploração dos jogos” e não nos “bons costumes”. Nesse sentido: Marcello Jardim Linhares, op. cit., p. 489; Luiz Flávio Gomes, op. cit., p. 209.

A permissão constitucional está de acordo com a tendência mundial da discriminação, em termos de reservar às leis incriminadoras somente os fatos de maior relevância lesiva, remetendo à fiscalização e às sanções extrapenais os fatos de menor significado social (Damásio E. de Jesus. *Regras de Tóquio*, tradução, Brasília : Imprensa Nacional, 1998. p. 31). Na espécie, é difícil convencer alguém de que constitui crime o fato de o proprietário permitir ao usuário tentar ganhar algum dinheiro, segundo as regras da probabilidade, utilizando máquinas de diversão eletrônica para adultos, quando o próprio Estado é detentor do poder de instituir várias loterias (Geraldo Landrove Diaz. *Los juegos ilícitos*. Santiago de Compostela : Gráficas Europa, 1971. p. 9). Realmente, nos últimos anos, o Estado vem explorando e promovendo vários jogos, como a loteria, a loteria esportiva, a loteria federal, a casa própria e outros, em que o ganho e a perda dependem da eventualidade.

Sob outro aspecto, que não deve ser esquecido, a Constituição Federal prevê o princípio da livre iniciativa, pelo que é conferido liberdade a qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que observadas determinadas regras (arts. 5.º, XIII, e 170, *caput*).

No plano da legislação ordinária, a Lei 8.212, de 24.07.1991, tratando da organização da Seguridade Social, determinou seu plano de atuação, conceituando “concursos de prognósticos” no § 1.º do art. 26:

“Consideram-se concursos de prognósticos todos e quaisquer concursos de sorteios de números, loterias, apostas, inclusive as realizadas em reuniões hípias, nos âmbitos federal, estadual, do Distrito Federal e municipal.”

E o Regulamento da Organização e do Custeio da Seguridade Social, previsto no Dec. 612, de 21.07.1992, dispôs:

“Considera-se concurso de prognóstico todo e qualquer sorteio de números, loteria, aposta, inclusive a realizada em reuniões hípias, nos âmbitos federal, estadual, do Distrito Federal e municipal” (art. 35, § 1.º).

Houve sempre leis e decretos autorizando a prática de jogos:

- o Dec.-lei 594, de 27.05.1969, que instituiu a “loteria esportiva federal”;
- a Lei 5.768, de 20.12.1971, sobre a distribuição gratuita de prêmios mediante sorteio, vale-brinde, concurso ou operação assemelhada, a título de propaganda, com autorização do Poder Público;
- a Lei 6.905, de 11.05.1981, permitindo a realização de concursos de prognósticos esportivos, já admitido pelo Dec.-lei 594/69, para fins de renda à Cruz Vermelha Brasileira;
- a Lei 7.856, de 24.10.1989, destinando a renda líquida dos concursos de prognósticos, na esfera federal, à Seguridade Social;
- a Lei Complementar 79, de 07.01.1994, estabeleceu que 3% do montante arrecadado nos concursos de prognósticos, sorteios e loterias, no plano federal, devem ser endereçados ao Fundo Penitenciário Nacional;
- a Lei 9.092, de 12.09.1995, conferiu à Federação das Associações de Pais e Amigos dos Excepcionais, anualmente, o montante da renda líquida de um teste da loteria esportiva federal.

Convém anotar a Lei 9.615, de 24.03.1998 (a chamada “Lei Pelé”, revocatória da “Lei Zico”), que concede “permissão para a realização dos jogos de bingo em todo território nacional”, desde que acatadas suas disposições, regulamentadas pelo Dec. 2.574, de 29.04.1998, e pela Portaria 23, de 08.06.1999.

E há inúmeras portarias regulamentando a matéria, como a Portaria 104, de 14.10.1998, dispondo sobre a habilitação, a autorização, o controle, a operação e a fiscalização de “máquinas eletrônicas programadas para a exploração do jogo de bingo”.

Compete, pois, ao Poder Público, por intermédio da legislação ordinária e de recursos administrativos, em atenção ao princípio da livre iniciativa, fiscalizar a utilização das referidas máquinas. Nunca proibir o seu funcionamento sob o fundamento de que se trata de atividade ilícita. É o que vem ocorrendo em inúmeros Estados da América do Norte, que, diante da permissão legal, estabelecem um sistema de fiscalização e não de repressão (Chandra L. Mclean, “Aiken waits for state to decide video poker law”, Web, 10.06.1999).

A conclusão é simples:

1.º) A contravenção de jogo de azar, descrita no art. 50 da Lei das Contravenções Penais, tem como sujeito passivo o Estado, titular do bem jurídico (Luiz Flávio Gomes, op. e loc. cit.; Damásio E. de Jesus. *Lei das Contravenções Penais anotada*. 7. ed. São Paulo : Saraiva, 2000. p. 160, *no prelo*);

2.º) Ocorre que o próprio Estado autoriza a prática de jogos (CF, art. 195, III; Lei 9.615, de 24.03.1998 (Lei Pelé));

3.º) Logo, à exploração de jogos falta antijuridicidade, não se adequando o fato à norma do referido art. 50.

Essa era exatamente a razão que levou Paulo Lúcio Nogueira a dizer: “a contravenção de jogo de azar exige, além de seus requisitos típicos, não ter o agente ‘autorização’” (*Contravenções penais controvertidas*. 3. ed. São Paulo : EUD, 1992. p. 275).

Isso foi expressamente reconhecido pela Inspeção Regional de São Paulo da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça em ofício assinado pelo Inspetor Regional Paulo Cremonesi dirigido à Inspeção Geral, em 26 de março de 1998: “É nosso entendimento que, mesmo que essas máquinas se constituíssem em ‘jogo’, onde o fator sorte inserir-se-ia dentro do contexto da relação de consumo, inexistiria tipo contravençional previsto na legislação específica, posto que autorizado pelo órgão público competente” (caso Bingo Matic).

A orientação de que a prática de jogos, incluindo-se os de azar, em face da Constituição Federal de 1988 e nos termos da fundamentação expendida neste parecer, não conduz mais à ilicitude penal não é isolada. Dela partilham: Celso Bastos, Ives Gandra Martins, Miguel Reale, Miguel Reale Junior, Paulo Lúcio Nogueira, Luiz Flávio Gomes e Andre Ramos Tavares. Na jurisprudência, no mesmo sentido, tratando da contravenção do jogo do bicho: RT 548-321; Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, ApCrim 297.036.758, 4.^a Câ., rel. Juiz Aramis Nassif, RT 753-699; Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, ApCrim 694156100, 4.^a Câ., j. 10.05.95, RT 753-702; Julgados do Tribunal Criminal de Alçada de São Paulo 70-194; 81-248 e 84-127; Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul 45-149. Vide ainda sobre o assunto: Alberto Silva Franco *et al.*, *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo : RT, 1995. p. 250 et seq.; Olavo de Oliveira Neto. *Comentários à Lei das Contravenções Penais*, p. 194 (apud Luiz Flávio Gomes, op. e loc. cit.).

Ora, se no plano dos jogos “em geral” é tecnicamente admissível a tese de que não conduzem à prática de infração penal, por maior razão no tocante às máquinas de diversão eletrônica, os chamados “caça-níqueis”, cuja utilização nem jogo configura. No sentido da licitude: Marcello Jardim Linhares, *Contravenções penais*. São Paulo : Saraiva, 1980. II:432.

Ressalte-se a hipótese de a utilização de máquinas de diversão eletrônica para adultos constituir infração penal: conterem fraude, o que está sobrejamente demonstrado inexistir nos documentos que nos foram apresentados, consubstanciados em dezenas de laudos periciais. Em tese, havendo vício nas máquinas, o fato consistiria crime contra a economia popular, também inexistente na hipótese, como veremos a seguir.

3. A Lei 9.615, de 24.03.1998 (Lei Pelé) e as máquinas de diversão eletrônica

O art. 81 da Lei 9.615, de 24.03.1998, a denominada “Lei Pelé”, criando um delito de mera conduta, tem a seguinte redação:

“Manter nas salas de bingo máquinas de jogo de azar ou diversões eletrônicas:
Pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa.”

Esse dispositivo incriminador é sancionador da determinação contida nos arts. 72 e 73 da mesma Lei:

“As salas de bingo destinar-se-ão exclusivamente a esse tipo de jogo” (art. 72).

“É proibida a instalação de qualquer tipo de máquinas de jogo de azar ou de diversões eletrônicas nas salas de bingo” (art. 73).

Esses preceitos, salvo o de natureza criminal, estão repetidos nos arts. 102 e 103 do Dec. 2.556, de 29.04.1998, que regulamentou a Lei 9.615/98.

O fundamento da proibição não se encontra na avaliação da utilização das máquinas de diversão eletrônica no plano moral ou legal. O legislador visou a conceder às salas de bingo um ambiente de concentração psíquica, permitindo aos jogadores uma aplicação mental atenciosa, sem ruídos e movimentação pessoal. Além disso, não se deve ter esquecido do aspecto tributário: o isolamento do bingo permite mais fácil fiscalização.

No plano administrativo, apura-se que, de acordo com a lei, as máquinas de diversão eletrônica (“caça-níqueis”) não podem ser instaladas nas salas de bingo. Logo, podem ser dispostas em outro local, por exemplo, nas salas contíguas. Note-se que a lei não proíbe a colocação das referidas máquinas no “estabelecimento” onde funciona o bingo. É muito clara a repetição da expressão “salas” em cinco dispositivos da Lei Pelé e de sua regulamentação. De modo que não pode haver dúvida: a única proibição refere-se a que não sejam utilizadas nas mesmas salas de bingo. Fora delas, não há ilegalidade. O legislador conceceu uma declaração de licitude aos “caça-níqueis”.

Sob o aspecto penal, só há crime quando as máquinas de diversão eletrônica encontram-se instaladas nas salas de bingo. Logo, inexistente delito quando se acham em salas que não são destinadas ao bingo. Manifestam o mesmo pensamento Ives Gandra Martins e Celso Bastos (pareceres que nos foram apresentados).

A conclusão é tão óbvia que Ives Gandra Martins, em seu parecer, diz que a argumentação supra “é de tal ordem” que ele poderia desprezar outras considerações. E com razão. Se a norma incriminadora afirma que o delito consiste em manter máquinas de diversão eletrônica em salas de bingo, torna-se evidente a atipicidade do fato quando praticado além desse limite espacial.

4. A Portaria 23, de 08.06.1999, e as máquinas de diversão eletrônica

A Portaria 23, de 08.07.1999, regulamentou o Dec. 2.574, de 29.04.1998, que, por sua vez, disciplinou a Lei 9.615, de 24.03.1998 (Lei Pelé). Seu art. 28 reza o seguinte:

“É vedada a instalação e a operação de quaisquer tipos de máquinas de jogo de azar, de máquinas de diversões eletrônicas e/ou máquinas eletrônicas programadas para a exploração do jogo de bingo que não atendam às especificações desta Portaria, em especial ao disposto nos Capítulos I, II, III e IV desta Portaria”.

A Portaria proíbe a “instalação e a operação de quaisquer tipos de máquinas” “de diversões eletrônicas” que “não atendam às especificações” por ela determinadas. Significa que permite a “instalação e operação de máquinas” de “diversões eletrônicas” que “atendam às especificações” por ela determinadas. Conclusão: a utilização das máquinas de diversão eletrônica não configura fato ilícito.

5. Inexistência de crime contra a economia popular (art. 2.º, IX, da Lei 1.521, de 26.12.1951)

O art. 2.º, IX, da Lei 1.521, de 26.12.1951, tem a seguinte redação:

“Obter ou tentar obter ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de um número indeterminado de pessoas mediante especulação ou processos fraudulentos (‘bola de neve’, ‘cadeias’, ‘pichardismos’ e quaisquer outros equivalentes)”.

Supõe-se que a exploração das máquinas mencionadas no parecer estivesse enquadrada nessa disposição, com o argumento de que seus proprietários estariam obtendo vantagens ilícitas em prejuízo de um número indeterminado de usuários.

De ver-se, contudo, que não há crime contra a economia popular na exploração de máquinas de diversão eletrônica para adultos.

O fato de um indeterminado número de pessoas não conseguir obter a combinação premiada, por si, não configura o crime do art. 2.º, IX, da Lei de Economia Popular. Nos termos da legislação, só há atividade criminosa quando alguém explorar as máquinas de modo a programá-las no sentido de o resultado lhe assegurar ganho certo, iludindo os apostadores, fazendo-os acreditar que poderão vir a ter alguma vantagem financeira, na verdade inexistente. Note-se que o “processo fraudulento” é elemento do tipo. Sem fraude não há crime.

Para haver delito, repita-se, é necessário que se produza prova idônea de que as máquinas estão previamente preparadas por meio de fraude em seu mecanismo ou programação para impedir o sorteio de qualquer combinação premiada. Sem o emprego desse meio fraudulento não existe a possibilidade de um número indeterminado de usuários serem lesados. É imprescindível, portanto, que perícia específica revele ser a fraude característica da máquina, como, por exemplo, a existência de microchaves mecânicas que interfiram no programa de jogo, no *software*, e substituam o curso aleatório das seqüências por um comando enganoso.

Como se vê, para que o fato constitua crime contra a economia popular é preciso que prova pericial conclua que o programa das máquinas eletrônicas contém preparação específica, de modo a gerar possibilidade de fraude a um número indeterminado de usuários, subsumindo-se assim ao tipo do art. 2.º, IX, da Lei 1.521/51. Se a perícia apontar que o maquinismo não está fraudado, nem adulterado, de maneira a modificar o resultado normal, que adviria de acordo com a lei das probabilidades, não se pode falar em crime contra a economia popular.

No caso, como ficou consignado, os consulentes nos apresentaram dezenas de laudos periciais demonstrando a inexistência de fraude nas máquinas eletrônicas. Assim, por exemplo, o perito criminal Edvaldo Messias, engenheiro, do Núcleo de Perícias Criminalísticas de Campinas, da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo, em laudo de 18 de fevereiro de 1999, concluiu: “não se constatou mecanismo na parte mecânica ou no *hardware* que interferisse no andamento do jogo” da máquina; “constatou-se que a relação entre a entrada e a saída de créditos foi em média 80,28%” (um das dezenas de documentos a que tivemos acesso). Não há fraude. E sem fraude inexistente a mencionada espécie de crime contra a economia popular.

Adotando posição *aplicável* ao caso do parecer, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que o crime de “ganhos ilícitos em máquinas de vídeo-pôquer” só existe quando presente “programação fraudada”, de modo a

restringir as oportunidades de ganho dos usuários” (REsp 1.954, Rio de Janeiro, 27 de novembro de 1990, v. u., rel. Ministro Carlos Thibau, *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, fev. 91, 3(18):339-518).

Inexiste, pois, crime contra a economia popular.

6. Conclusões

De acordo com nosso entendimento, a exploração de máquinas de diversão eletrônica para adultos não configura:

1.º a contravenção de jogo de azar do art. 50 da Lei das Contravenções Penais porque:

1. o fato não é típico;

2. ainda que fosse, não seria antijurídico.

2.º crime contra a economia popular (art. 2.º, IX, da Lei 1.521/51), a não ser quando se comprove fraude em seu funcionamento.

É a nossa posição doutrinária:

“Máquinas de diversão eletrônica (caça-níqueis) – Segundo entendemos, o fato de sua utilização não constitui a contravenção de jogo de azar porque: 1.º não é típico em face da descrição do art. 50, *caput*, e § 3.º, *a*, da Lei das Contravenções Penais: a utilização da máquina de diversão eletrônica não é ‘jogo’, elementar da figura típica, uma vez que lhe falta a característica da bilateralidade, nela inexistindo contendores; 2.º ainda que fosse típico, estaria ausente a antijuridicidade, tendo em vista que sua importação é permitida e tributada pelo Governo Federal. Não é crível que o Estado permita a importação de um mecanismo cuja utilização configure ilícito penal; 3.º) A Lei 9.615, de 24.03.1998, em seu art. 81, descreve como crime o fato de ‘manter nas salas de bingo máquinas de jogo de azar ou diversões eletrônicas’. Logo, não há delito na instalação e funcionamento das referidas máquinas fora das salas de bingo. E não constitui o delito do art. 2.º, IX, da Lei de Economia Popular (Lei 1.521/51), a não ser quando existe fraude. Máquinas mantidas em sala de bingo: há previsão de crime, nos termos do art. 81 da Lei 9.615, de 24.03.1998, a chamada ‘Lei Pelé’” (Damásio E. de Jesus. *Lei das Contravenções Penais anotada*. 7. ed. São Paulo : Saraiva, 2000. p. 162, no prelo).

7. Respostas aos quesitos

1.º) A exploração de máquinas de diversão eletrônica para adultos não tipifica a contravenção do art. 50, *caput*, e § 3.º, *a*, do Dec.-lei 3.688, de 30.10.1941 (Lei das Contravenções Penais).

2.º) Não se trata-se de jogo de azar.

3.º) Não há fraude no funcionamento das máquinas.

4.º) Não existe, na hipótese objeto da consulta, crime contra a economia popular descrito no art. 2.º, IX, da Lei 1.521, de 26.12.1951 (Lei de Economia Popular).

É o parecer.

São Paulo, 1.º de setembro de 1999.