

# ILEGITIMIDADE DA CONTRAÇÃO PENAL DE EXPLORAÇÃO DE JOGOS DE AZAR, DIANTE DA TEORIA DA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS E DO PATERNALISMO PENAL

*ILLEGITIMACY OF THE CRIMINAL CONTRAVENTION FOR THE EXPLOITATION OF GAMING, BEFORE THE THEORY OF PROTECTION OF LEGAL INTERESTS AND CRIMINAL PATERNALISM*

## Thiago Baldani Gomes De Filippo

Doutor em Direito Penal pela USP. Mestre em Direito Comparado pela Samford University e Mestre em Ciência Jurídica pela UENP. Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal na UAM. Juiz de Direito no Estado de São Paulo.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2591167984942175>

ORCID: 0000-0001-8793-4735

tfilippo@tjsp.jus.br

**Resumo:** Este artigo discorre sobre a ilegitimidade da contração penal de exploração de jogos de azar, à luz das teorias da proteção de bens jurídicos e do paternalismo penal, situados no contexto da proporcionalidade penal, concluindo que o tipo contravencional não foi recepcionado pela Constituição de 1988.

**Palavras-chave:** Exploração de jogos de azar - Legitimidade - Bem jurídico - Paternalismo - Proporcionalidade.

**Abstract:** This paperwork discourses about illegitimacy of the criminal contravention for the exploitation of gaming, according to the theories of the protection of legal interests and criminal paternalism, located in the context of the criminal proportionality, concluding that the contraventional statute was not embraced by the 1988 Constitution.

**Keywords:** Exploitation of gaming - Legitimacy - Legal interest - Paternalism - Proportionality.

As discussões a respeito da legitimidade da contração penal de exploração de jogos de azar, tipificada pelo art. 50 do Decreto-lei 3.688/41, atualmente ocupam a pauta do Congresso Nacional. No dia 24 de fevereiro de 2022, o Plenário da Câmara dos Deputados concluiu a votação do projeto de lei que legaliza os jogos de azar no Brasil (PL 442/91), incluindo cassinos, bingos, jogos do bicho e apostas esportivas. O texto agora será remetido ao Senado Federal para revisão.<sup>1</sup>

Paralelamente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por maioria, a repercussão geral do tema (Tema 924 – Recurso Extraordinário 966.177), estando o julgamento pautado para o dia 07/04/2022.<sup>2</sup>

O tema é candente e suscita diversas reflexões. Prestigiados doutrinadores defendem a ilegitimidade dessa contração. **Guilherme de Souza Nucci**, por exemplo, defende sua desnecessidade pela invocação do princípio da intervenção mínima, não vislumbrando fundamento para a intervenção estatal na vida privada do cidadão que deseja se aventurar em jogos de azar, observando que seria correta a legalização dos jogos, porque inúmeros são aqueles patrocinados pelo próprio Estado, como as loterias em geral.<sup>3</sup>

Em sentido semelhante, **Katie Silene Cárceres Arguello** sustenta ser uma grande hipocrisia haver jogos patrocinados pelo Estado, como as loterias federais e estaduais e, ao mesmo tempo, serem cominadas sanções penais aos jogos de azar, aduzindo que a prática é socialmente aceita e está arraigada nos costumes da sociedade.<sup>4</sup>

E, por fim, **Damásio de Jesus**, de maneira específica no que tange à utilização de máquinas de diversão eletrônica para adultos, como o caso presente, entendia que o fato é atípico, porque não constituiria propriamente jogo de azar, uma vez que “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 as teclas e esperar que a máquina apresente o programa preestabelecido.”<sup>5</sup> E, alternativamente, **Damásio** fundamentava a atipicidade do fato em face da ausência de imputação objetiva de lesão a bem jurídico, observando estar implícito o eventual risco advindo da utilização das máquinas (teoria do risco tolerado), uma vez que o Estado admite a sua importação tributada.<sup>6</sup>

O presente trabalho se propõe a analisar se o tipo contravencional foi recepcionado por nossa Constituição Federal para concluir que o seu escrutínio não resiste às barreiras estabelecidas pelas teorias da proteção de bens jurídicos e do paternalismo penal, com a subjacente integração de ambas nas estruturas inerentes à proporcionalidade penal.

O princípio da proporcionalidade, malgrado a inexistência de sua previsão constitucional expressa,<sup>7</sup> é incontestavelmente uma ferramenta valiosíssima para o exercício do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos.

Se, por um lado, a proporcionalidade é instrumento indispensável para a manutenção da harmonia do próprio texto constitucional e da investigação da coerência dos demais ramos jurídicos,<sup>8</sup> por outro, sua baixa densidade normativa é deveras problemática. Visando

a concretizá-la, a dogmática constitucional identificou e procurou desenvolver os seus três corolários: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Em linhas gerais, a adequação condiz com o controle da viabilidade de se atingir o fim pretendido por determinado meio; a necessidade refere-se à eleição do meio menos gravoso para a restrição; e a proporcionalidade em sentido estrito relaciona-se à demanda por equilíbrio entre o meio utilizado e o fim colimado, mediante análise de "custo-benefício".<sup>9</sup>

A grande questão que se coloca, no entanto, é de que maneira esses subprincípios podem sofrer uma releitura a partir da dogmática penal, a fim de que a proporcionalidade possua algum rendimento para a aferição da legitimidade dos tipos penais, em geral.

Ao lado de diversos trabalhos acadêmicos que se ocupam do tema,<sup>10</sup> apresentamos uma proposta de teoria da proporcionalidade penal, visando a densificar critérios de justiça material, tanto em relação aos preceitos penais primários, relacionados ao objeto e à forma de proteção, quanto aos preceitos penais secundários, referentes aos patamares das penas abstratamente cominadas.<sup>11</sup>

Em linhas gerais, o exame da adequação implica o estudo acerca do exame dos interesses, que podem ser adequadamente protegidos por meio do Direito Penal, vale dizer, de tudo aquilo que pode ser reconhecido como bem jurídico-penal; a investigação da necessidade restringe-se à análise das estruturas típicas utilizadas para a proteção penal de certo interesse, diante do princípio da ofensividade e do impedimento da criminalização de condutas que reflitam um rígido paternalismo penal; e, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito diz respeito à perquirição em torno do equilíbrio das penas abstratamente cominadas pelo legislador penal, com fundamento no princípio constitucional da igualdade.<sup>12</sup>

Aplicadas essas premissas, a conduta contravencional de exploração de jogos de azar não supera os filtros da adequação e da necessidade, revelando-se desproporcional e, conseqüentemente, não recepcionada pela atual ordem constitucional.

Com efeito, o tipo do art. 50 do Decreto-lei 3.688/41 é penalmente inadequado, porque ele não visa a tutelar um verdadeiro bem jurídico-penal. Inicialmente, é importante sublinhar que, ao longo do tempo, as tentativas de estabelecer um conceito transcendente de bem jurídico-penal, que efetivamente possua alguma possibilidade de fornecer critérios limitadores do *jus puniendi* estatal, revelaram-se complexas e infrutíferas.<sup>13</sup>

Sem embargo, há um feixe de interesses individuais, intimamente ligados ao postulado da dignidade da pessoa humana, tais como a vida, a integridade física, a liberdade e a propriedade, que poderão ser constantemente objeto de proteção penal. Por outro lado, também se revela em princípio adequada a tutela penal de interesses coletivos, tais como o meio ambiente, a confiança na segurança da moeda, a confiança na incorruptibilidade dos funcionários e os interesses que visam à preservação da estrutura funcional do Estado, como a administração da justiça, especialmente em relação à arrecadação de recursos necessários para a realização de suas finalidades institucionais, por exemplo, o sistema tributário.<sup>14</sup> E, finalmente, também poderá se revelar adequada a utilização da intervenção jurídico-penal para a proteção dos chamados falsos bens jurídicos coletivos, porque representam simplesmente a soma

dos vários bens jurídicos individuais,<sup>15</sup> tais como a saúde pública, a paz pública, a segurança viária, dentre outros, desde que eles sejam funcionalizados e guardem referibilidade concreta à proteção desses mesmos interesses individuais.

Se há certa zona de penumbra acerca dos bens que podem ser classificados como bens jurídico-penais, é certo que alguns valores, absolutamente, não podem ser erigidos a essa categoria. O exemplo mais sintomático é a proteção de meras moralidades, matéria da qual não deve se ocupar o Direito Penal. Neste sentido, apresentava-se inadequada a criminalização do adultério (art. 240 do CP), abolida pela Lei 11.106/2005, porque a proteção da organização tradicional da família não deve ser assunto apto a ensejar a proteção penal.<sup>16</sup> Pela mesma razão são discutíveis os tipos penais de ato obsceno (art. 233 do CP) e de escrito ou objeto obsceno (art. 234 do CP), porque a punição da pornografia entre adultos, em quaisquer de suas manifestações, reflete a pretensa proteção da moralidade e do pudor público.

E, relativamente à contravenção de exploração de jogos de azar, o art. 50 do Decreto-lei 3.688/41 está inserido no Capítulo VII do referido ato normativo, intitulado "Das contravenções relativas à polícia de costumes". Portanto, o seu objeto jurídico se resume aos bons costumes. Segundo **Guilherme de Souza Nucci**, "a ideia, ainda prevalente, é manter as pessoas afastadas desse tipo

de jogo, que não depende de habilidade para ganhar (como, por exemplo, os jogos esportivos), mas de mera sorte. Essa situação pode levar à perda patrimonial, ao vício e aos desmandos de toda ordem".<sup>17</sup>

Em sentido semelhante, o trabalho de **Valdir Sznick** assim sintetiza o fim de proteção dessa norma contravencional:

No jogo não só se visa a proteção ao trabalho honesto como a repressão ao ganho fácil. São conhecidos malefícios do jogo justamente pela ilusão de ganhos rápidos e sem muito esforço. Além das conhecidas conseqüências o jogo avilta, empobrece, degrada, pois leva o rico à pobreza e o pobre à miséria; e junto com a miséria o desamparo à família.

À inutilidade do jogo se contrapõe à sociabilidade do trabalho, mas – tirando-se o azar e as apostas – o jogo entre amigos e junto com a família é uma forma, senão saudável, pelo menos bastante utilizada e sem nenhum dano social.<sup>18</sup>

Referidas preocupações, inobstante serem nobres e moralmente legítimas, não devem compor o feixe de interesses penalmente relevantes, porque sua fluidez não se compatibiliza com a concretude demandada por um conceito transcendente de bem jurídico-penal, impedindo-se que se use validamente a intervenção jurídico-penal.<sup>19</sup>

Por outro lado, ainda que, hipoteticamente, fosse possível se vislumbrar a proteção de um bem jurídico-penal pela norma em apreço, ou mesmo se se desacreditasse do potencial crítico conferido à teoria do bem jurídico,<sup>20</sup> o tipo contravencional também não resistiria a uma filtragem constitucional, igualmente à luz do princípio da proporcionalidade, mas sob o espeque da necessidade da proteção penal, porque ele reflete indevido paternalismo penal.

Em linhas gerais, como pontua **Gerald Dworkin**, o paternalismo pode ser compreendido como a "interferência sobre a liberdade de ação de alguém justificada por razões referentes exclusivamente ao

"[...] A CONDUTA CONTRAVENCIONAL DE EXPLORAÇÃO DE JOGOS DE AZAR NÃO SUPERA OS FILTROS DA ADEQUAÇÃO E DA NECESSIDADE, REVELANDO-SE DESPROPORCIONAL E, CONSEQUENTEMENTE, NÃO RECEPCIONADA PELA ATUAL ORDEM CONSTITUCIONAL [...]"

bem-estar, ao benefício, à felicidade, às necessidades, aos interesses ou aos valores da pessoa coagida.”<sup>21</sup> O paternalismo penal, neste sentido, seria a utilização das leis penais para o alcance dessas mesmas finalidades.

Dentre suas classificações possíveis,<sup>22</sup> importa ao presente caso a sua distinção entre paternalismo rígido (*hard*) e paternalismo moderado (*soft*). Paternalismo rígido é aquele segundo o qual as leis buscam interferir nas escolhas dos indivíduos, indicando quais seriam os caminhos que melhor atenderiam aos seus próprios interesses, independentemente da capacidade de discernimento dos destinatários das normas, justificando-se, mesmo para sujeitos responsáveis, a proibição de autolesões e de heterolesões consentidas,<sup>23</sup> como na hipótese de proibição de condutas masoquistas. Por outro lado, o paternalismo moderado justifica a interferência estatal quanto às escolhas eventualmente danosas aos próprios indivíduos, apenas quando não for possível se demonstrar a capacidade de discernimento destes, como no caso de crianças e sujeitos com doenças mentais.<sup>24</sup>

Inseridas no contexto paternalista, somente se justificam leis penais

que retratam um moderado paternalismo, como se legitima, por exemplo, uma série de normas penais presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), independentemente da vontade desses sujeitos especiais.

Por outro giro, revelam-se absolutamente desnecessárias, logo, desproporcionais, leis penais que flerem com o paternalismo rígido, a saber, que visem à proteção de sujeitos imputáveis, autorresponsáveis, mediante a criminalização de comportamentos que lhes possam ser eventualmente danosos, a despeito de suas vontades e escolhas.

A contravenção penal de exploração de jogos de azar nada mais revela do que a concretização de um indesejado paternalismo penal rígido, avultando-se, também por esta razão, a sua ilegitimidade.

Em suma, a contravenção penal de exploração de jogos de azar, prevista no art. 50 do Decreto-lei 3.688/41, é ilegítima e não foi recepcionada pela Constituição de 1988, porque desatende aos reclames ditados pela teoria de proteção dos bens jurídicos e também por implicar indevido paternalismo penal, categorias subjacentes ao princípio da proporcionalidade penal.

## Notas

- BRASIL, [2022].
- Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4970952>. Acesso em: 25 fev. 2022.
- NUCCI, 2017, p. 169.
- ARGUELLO, 2012.
- JESUS, 2015, p. 1148.
- Idem, ibidem*, p. 1153.
- Há divergências acerca da origem do princípio da proporcionalidade. Para alguns, trata-se de diretriz vinculada à própria noção de Estado de Direito, como parece ser a compreensão tradicional da Corte Constitucional alemã (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 323). Para outros, a proporcionalidade compõe a própria essência dos direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 117). E, por fim, como parece ter se consolidado na jurisprudência do STF após a atual Constituição, a proporcionalidade decorre do aspecto substantivo do devido processo legal, previsto no art. 5º, LIV, da Constituição (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 329).
- SILVA, 2002, p. 25.
- SARLET, 2004, p. 101.
- Na Espanha: COBO DEL ROSAL, 1999; e AGUADO CORREA, 1999. Na Itália: ANGIONI, Francesco. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giurídico*. Milão: Giuffrè, 1983. E, no Brasil: GOMES, 2003; e SOUSA FILHO, 2019.
- DE FILIPPO, 2020.
- Idem, ibidem*, pp. 190-193.

- BECHARA, 2014, p. 352.
- HEFENDEHL, 2011, p. 67-69.
- GRECO, 2011, p. 95.
- CATÃO, 1974, p. 70.
- NUCCI, *op. cit.*, p. 169-170.
- SZNICK, 1987, p. 281-282.
- DE FILIPPO, *op. cit.*, p. 101.
- Parcela da doutrina, como Amelung, Hirsch e Stratenwerth, enxerga simplesmente o caráter imanente ou dogmático do bem jurídico-penal, sem possibilidade de rendimento político-criminal, no sentido de poder limitar o poder de punir do Estado (GRECO, 2004, p. 93-95).
- DWORKIN, 2009, p. 9.
- O paternalismo também pode ser puro/direto e impuro/indireto. O primeiro indica a possibilidade de interferências no comportamento de um grupo de pessoas para protegê-las delas próprias, como a imposição a motoristas, sob a pena de multa, de utilização de cinto de segurança. O segundo aponta para a proibição de comportamento de um grupo, com a finalidade de proteger outras que não o compõem, como no caso de proibir a produção de cigarros com o objetivo de proteger a saúde dos fumantes (MARTINELLI, 2015, p. 100-101).
- MARTINELLI, *op. cit.* p. 100.
- Idem, ibidem*, p. 100.

## Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANGIONI, Francesco. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giurídico*. Milão: Giuffrè, 1983.
- AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999.
- ARGUELLO, Katie Silene Cárceres. Criminalização dos jogos de azar: A contradição entre lei e realidade social. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 60, p. 239-250, 2012.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- BRASIL. *PL 442/1991*. Revoga os dispositivos legais que menciona, referentes à prática do “jogo do bicho”. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2022]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4970952>. Acesso em: 25 fev. 2022.
- BRASIL. *Decreto-lei 3.688, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: “DEL3688 (planalto.gov.br)”. Acesso em 07 mar. 2022.
- BRASIL. *Lei 11.106, de 28 de março de 2005*. Disponível em: “Lei nº 11.106 (planalto.gov.br)”. Acesso em 07 mar. 2022.
- BRASIL. *Lei 8.069, de 13 de julho de 1999*. Disponível em: “L8069 (planalto.gov.br)”. Acesso em 07 mar. 2022.
- CATÃO, Yolanda. Notas sobre a punição do adultério e descriminalização. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 13/14, p. 68-75, jan./jun. 1974.
- COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal: parte general*. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. *Proporcionalidade legislativa penal*. São Paulo: LiberArs, 2020.
- DWORKIN, Gerald. Paternalismo. Trad. João Paulo Martinelli. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, v. 1, n. 1, pp. 7-27, 2009.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, v. 12, p. 89-147, 2004.
- HEFENDEHL, Roland. *O bem jurídico como a pedra angular da norma penal*. In: GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp. 57-76, 2011.
- JESUS, Damásio Evangelista de. Máquinas de diversão eletrônica para adultos em face da legislação criminal. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Doutrinas essenciais: direito penal e processo penal*. Vol. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1143-1163, 2015.
- MARTINELLI, João Paulo. *Paternalismo jurídico-penal: limites da intervenção do estado na liberdade individual pelo uso das normas penais*. São Paulo: LiberArs, 2015.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza, *Leis penais e processuais penais comentadas*. Vol. I. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 47, n. 12, p. 60-122, 2004.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, pp. 23-50, 2002.
- SOUSA FILHO, Ademar Borges. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- SZNICK, Valdir. *Contravenções penais*. São Paulo: Universitária de Direito, 1987.

Autor convidado