

FAZENDO UMA 'FEZINHA': A TUTELA JURÍDICA SOBRE OS JOGOS DE AZAR¹

Ana Carolina Barreto Andrade de Carvalho
Graduanda em Direito pela Universidade Federal Fluminense
anacarvalho1307@gmail.com

RESUMO

A proibição aos jogos de azar e cassinos na década de 1940 acarretou uma cultura jurídica de repressão a esse tipo de entretenimento. No entanto, com a evolução constitucional, novos questionamentos devem ser feitos quanto à adequação dessas medidas, seja pelo desaparecimento dos motivos que as informaram, seja pela aceitação popular e social aos jogos. Essa cultura aparece, ainda, como uma forma de captação de recursos de receita ao orçamento público, a fim de auxiliar a Administração a atingir os objetivos constitucionais através do incremento tributário favorecido por uma eventual legalização e regulamentação dos jogos de azar.

Palavras Chave: Jogos de azar – Legalização– Direito Constitucional– Direito Tributário–Direitos Fundamentais–Autodeterminação

ABSTRACT

The prohibition of gambling and casinos in the 1940s has led to a legal culture of repression against such entertainment. However, with the constitutional evolution, new questions must be asked regarding the adequacy of these measures, either by the disappearance of the reasons that informed them, or by the popular and social acceptance of these games. This culture also appears as a way of raising revenue resources to the public budget in order to assist the Administration in achieving the constitutional objectives through the tax increase favored by eventual legalization and regulation of gambling.

Keywords: Gambling– Legalization– Constitutional right– Tax law – Fundamental rights– Self-determination.

¹ Artigo apresentado como Trabalho de Conclusão de Curso, constituindo requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense.

Introdução

Nunca abaixo de altas controvérsias, a política criminal acerca da proibição dos jogos de azar é constantemente trazida à discussão sobre a (des)necessidade de manutenção. Não é despiciendo anotar que as discussões no palanque legislativo não alçam voos mais profundos, haja vista as dinâmicas de funcionamento das casas, sem contar o atual contexto político de pautas muitas vezes repentinas e urgentes.

Todavia, em tempos de uma verdadeira expansão de direitos fundamentais de segunda geração – notadamente com a adoção da Constituição Federal de 1988, denominada por Ulysses Guimarães como a Constituição Cidadã -, é forçoso reconhecer um aumento das pautas sociais que deve o Estado se inserir, a fim de prestar um serviço condigno aos seus súditos. Conseqüentemente, experiencia-se uma deliberada expansão do orçamento público, concretizando as pautas expressadas constitucionalmente.

Esse movimento de expansão dos direitos fundamentais de segunda e terceira geração é conhecido como neoconstitucionalismo. Nas palavras de Barroso:

O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988. O ambiente filosófico em que floresceu foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional.

Fruto desse processo, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá

conformar-lhes o sentido e o alcance. A constitucionalização, o aumento de demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais.²

Assim, é imprescindível buscar novas formas de arregimentar recursos tributários, objetivando adimplir as obrigações constitucionalmente impostas aos diversos entes políticos que compõem a máquina pública. Propõe-se, outrossim, a normatização racional de institutos combatidos paternalisticamente pelo Estado, ao invés de neles encontrar a força necessária para enfrentar as pautas realmente apontadas pela Constituição Federal como primárias.

Naturalmente, não se objetiva, de qualquer forma, romantizar os jogos de azar, tampouco se ignora a possibilidade de adicção do apostador compulsivo, mas sim de ver além dos efeitos que legitimaram o atual cenário repressivo, apontando vantagens à legalização e regulamentação do mercado de apostas. É nesta toada que o presente trabalho pretende se estruturar a desenvolver, partindo de uma contextualização histórica, conforme a seguir se expõe, que permita avançarmos na análise da temática em voga.

1. Breve histórico e fundamento da proibição dos jogos de azar

A margem da sociedade, os jogos de azar não raras vezes aparecem nos noticiários locais como assunto de política e repressão ao crime organizado.

Pois bem, nem sempre foi assim.

A exploração dos jogos de azar tornou-se parte da Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei 3.688/1941), restaurada pelo Decreto-Lei nº 9.215/1946. De acordo com o dispositivo:

Art. 50. Estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele:

² BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardo do Direito Constitucional no Brasil). In: **Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado**. Salvador, nº 9, 2007, p. 40.

Pena – prisão simples, de três meses a um ano, e multa, de dois a quinze contos de réis, estendendo-se os efeitos da condenação à perda dos moveis e objetos de decoração do local³.

Além de restaurar a norma penal incriminadora, o Decreto-Lei nº 9.215/1946 revogou as licenças concedidas a jogos permitidos pelo Decreto-Lei 4.866/1942, que assim dispunha, em artigo único:

Artigo único. O disposto no art. 50 do decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941, não se aplica aos estabelecimentos licenciados na forma do Decreto-Lei nº 241, de 4 de fevereiro de 1938⁴.

Na configuração trazida pelo Decreto de 1946 – e mantida, até hoje, pela legislação–, restaram revogadas todas as licenças de exploração dos estabelecimentos que mantinham como atividade comercial o entretenimento por jogos. A motivação para essa súbita mudança de comportamento foi expressa em suas cláusulas preambulares, as quais merecem colação:

Considerando que a repressão aos jogos de azar é um imperativo da consciência universal; (...). 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 costumes⁵.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que a proibição dos jogos em território nacional acompanhou o movimento de democratização pós-Estado Novo e, sobretudo, gozou de amplo apoio parlamentar, contando com a adesão de deputados constituintes responsáveis pela redação da Constituição Federal de 1946, de governo e de oposição ao Presidente Eurico Gaspar Dutra.

Ricardo Westin, ao analisar esse evento, traduz assim o amplo apoio por parte dos congressistas:

³BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.688/1941**. Lei das Contravenções Penais. Diário Oficial da União, Brasília, 03 out. 1941.

⁴ Ibidem.

⁵BRASIL. **Decreto-Lei nº 9.215/1946**. Proíbe a prática ou exploração de jogos de azar em todo o território nacional. Diário Oficial da União, Brasília, 30 abr. 1946.

Documentos sob a guarda do Arquivo do Senado, em Brasília, mostram que a maioria dos senadores e deputados também ficou do lado do presidente. Eles estavam na Assembleia Nacional Constituinte, incumbidos de redigir a Constituição de 1946.

— Poderá se alegar que, com o fechamento do jogo nos cassinos e nos hotéis de luxo, o turismo desaparecerá — disse o deputado Antero Leivas (PSD-RS). — Respondo que, se o Brasil depende da proliferação do jogo e do vício para ser conhecido e visitado, prefiro que sejamos eternamente desconhecidos.

Inclusive parlamentares da UDN, maior partido oposicionista, subiram à tribuna para elogiar a medida de Dutra, do PSD.

— Do jogo surge o desapego aos hábitos de trabalho continuado, único criador do progresso das sociedades — afirmou o deputado Soares Filho (UDN-RJ)⁶.

Há quem credite, todavia, essa repressão às causas da primeira dama, Carmela Dutra, ou, como ficara conhecida, Dona Santinha, pela devoção às causas religiosas em prol da moral e dos bons costumes⁷. E, justamente por esta razão, o autor Damasio de Jesus é contundente ao afirmar que o bem da vida protegido (leia-se: a objetividade jurídica) da contravenção penal disposta pelo art. 50 são os bons costumes, baseado na finalidade lucrativa do apontador em face do risco daquela atividade⁸.

Nesta mesma época, notabilizam-se o fechamento dos principais cassinos da então capital federal, a cidade do Rio de Janeiro. O Distrito Federal gozava de três grandes centros de entretenimento: o cassino atlântico, o cassino da urca e o cassino do Copacabana Palace⁹. Com a edição da norma proibidora, não só os cassinos foram fechados pela polícia, mas, como salienta Westin, “as autoridades

⁶WESTIN, Ricardo. Por 'moral e bons costumes', há 70 anos Dutra decretava fim dos cassinos no Brasil. In: **Senado Federal**. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/02/12/por-201cmoral-e-bons-costumes201d-ha-70-anos-dutra-decretava-fim-dos-cassinos-no-brasil>> Acesso em 01 jul. 2017.

⁷Ibidem. p.2.

⁸ JESUS, Damasio de. **Lei das Contravenções Penais Anotada**. 12^o ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 139.

⁹ WESTIN, Ricardo. op. cit.

chegaram a criar caso com o show radiofônico Cassino da Chacrinha, apresentado por Abelardo Barbosa, só por causa do nome do programa”¹⁰.

Mesmo hoje, ícone da contravenção penal do art. 50, o “jogo do bicho” teve sua origem inocente e beneficente. Em verdade, a ideia do jogo do bicho advém da iniciativa do Barão Drummond em angariar fundos para o então Jardim Zoológico do Rio de Janeiro, no fim do Século XIX. Como a viralização da aposta foi fugaz, em pouco tempo o esporte expandiu-se para além dessa finalidade, passando a ocupar bancas e bares ao redor da cidade. Esse mercado, nitidamente popular, tinha a organização de determinados grupos, que anotavam as apostas e asseguravam o pagamento do prêmio¹¹.

E, mesmo com a proibição, na década de 1940, é seguro afirmar que há um componente cultural e popular do jogo do bicho. Trata-se de um hábito tipicamente brasileiro que, pelo advento da estipulação legal no sentido de contravenção, conforme explanado, teve esse traço cultural e histórico suplantado e, progressivamente, dissociado. Não é por caso que Leandro Mazzini, especialista em Ciência Política pela UnB, ao escrever artigo sobre um possível cenário de legalização do jogo do bicho no Brasil, destaca o contexto internacional, cuja legalização de jogos de azar já é realidade em muitos países:

Na América do Sul, apenas Brasil, Guiana, Guiana Francesa e Bolívia proíbem os jogos. No continente americano só não existe a legalização dos jogos nestes países e em Cuba.

Segundo dados do Instituto Jogo Legal, entre os 193 países-membros da Organização das Nações Unidas (ONU), 75,52% têm o jogo legalizado e regulamentado – 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% têm o jogo legalizado, no entanto entre os 28,84% (45 países) que não legalizaram a atividade, 75% são

¹⁰ WESTIN, Ricardo. op. cit.

¹¹ LACERDA, Martins. Ricardo. Bicharada: Como, quando e onde surgiu o jogo do bicho?. In: **Galileu**. Disponível em: <<http://revistagalileu.globo.com/Galileu/0,6993,ECT954023-1716,00.html>> Acesso em 03 jul. 2017.

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.

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, apenas 6,97% ou três países não permitem: Brasil, Arábia Saudita e Indonésia, estes dois últimos são nações islâmicas.¹²

Portanto, é indissociável à proibição dos jogos de azar o componente moral e religioso, em face de uma preocupação – que, não é despidendo dizer, mais atual - com os prejuízos à saúde pública. Entretanto, em razão da primazia dos direitos fundamentais de opção, nos parece mais adequado tratar essa alegação contrária à legalização sob o prisma do jogo patológico. Com acerto, salientam Oliveira, Silveira e Silva em estudo conjunto sobre o tema:

Jogo patológico está relacionado entre os transtornos de hábitos e impulsos pela Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-10). Sob o código F63.0, jogo patológico consiste em freqüentes e repetidos episódios de jogo, os quais dominam a vida do indivíduo em detrimento de valores e compromissos sociais, ocupacionais, materiais e familiares. O aspecto essencial do transtorno é jogar persistente e repetidamente, cuja freqüência aumenta a despeito de conseqüências sociais adversas. (...) A hipótese mais aceita é a de que farmacodependentes apresentam deficiência no sistema de recompensa e procuram compensá-la com uso de droga. Por

¹²MAZZINI, Leandro. Legalização dos jogos pode render R\$ 18 bilhões em impostos. In: **Coluna Esplanada**, 22 set. 2015. Disponível em: <<https://colunaesplanada.blogosfera.uol.com.br/2015/09/22/legalizacao-dos-jogos-pode-render-r-18-bilhoes-em-impostos/>> Acesso em 20 jun. 2017.

analogia à farmacodependência, especula-se que jogo patológico pode também estar relacionado a essa deficiência do sistema dopaminérgico mesolímbico de recompensa.¹³

Aponta-se, ainda, que o fomento ou tolerância estatal aos jogos pode gerar diversos custos sociais como a possibilidade de cometimento de crimes para o sustento da atividade pelo jogador, aumento do índice de divórcios, bem como distúrbios de saúde diversos, associados a uma maior incidência de uso associado de drogas e álcool. Há, da mesma sorte, uma maior propensão à depressão e ao suicídio de jogadores compulsivos¹⁴.

2. Considerações sobre as liberdades individuais e autodeterminação

Conforme assenta a moderna doutrina, os direitos fundamentais apresentam-se, ordinariamente, em três ondas, ou gerações.

Uma primeira onda, de acordo com Mendes e Branco, é identificada por uma postura absentéista do Estado, com função de defesa:

Pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder [...] criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo.

[...]

O paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado.¹⁵

No entanto, essa onda de direitos de inspiração claramente iluminista e motivada pelas revoluções americana e francesa privilegiaram a igualdade formal e a exacerbação dos direitos individuais. E a pouca preocupação com os direitos

¹³ OLIVEIRA, Maria Paula Magalhães Tavares de; SILVEIRA, Dartiu Xavier da; SILVA, Maria Teresa Araujo. Jogo patológico e suas conseqüências para a saúde pública. In: **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 42, n. 3, p. 543-544, June 2008. Disponível em <http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102008000300022&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 03 jul. 2017.

¹⁴ OLIVEIRA, Maria Paula Magalhães Tavares de; SILVEIRA, Dartiu Xavier da; SILVA, Maria Teresa Araujo. op. cit., p. 544.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 137.

sociais para com a coletividade, sobretudo na era da Revolução Industrial, começou a gerar distorções típicas do Estado Liberal moderno que emergia.

Já no século XIX, o modelo do Estado Liberal dava sinais que não era suficiente, considerando a expansão fabril da supracitada Revolução Industrial. Com o crescimento do desemprego proveniente do fim de comunidades baseadas na agricultura familiar e artesanato, esses cidadãos iniciaram um fluxo migratório laboral e passam a empregar-se nas fábricas. Assim, forma-se um amplo exército industrial de reserva, achacando os empregados.

Nesse contexto, começam a surgir o debate dos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividade, que comporá o que hoje se entende por segunda geração dos direitos fundamentais. É por todos esses fatos e cenário fértil que se revoluciona a ideia de Estado, passando a uma lógica ancorada num modelo de Estado-Providência, assistencialista. É o Estado do Bem-Estar Social, atuando positivamente para fornecer aos seus cidadãos os direitos sociais e econômicos. É inaugurado pela Constituição Mexicana de 1917 e de Weimar, na Alemanha, em 1919, isto é, com o nascimento do constitucionalismo social.

No entanto, ainda no século XX, uma nova corrente geracional dos direitos humanos fundamentais nasce, trazendo consigo um brocardo de fraternidade. São os direitos fundamentais de terceira geração, que derivam da percepção de que os direitos fundamentais não deveriam ser titularizados apenas pela pessoa, no campo individual. Nas duas gerações anteriores, mesmo os direitos sociais (saúde, educação e etc.) eram vistos sob o paradigma individual.

Aqui, a titularidade passa a ser coletiva (ou difusa), que chega a envolver inclusive os países em desenvolvimento (direito à paz, autodeterminação dos povos, direito ao meio ambiente, proteção ao patrimônio cultural e público, direito à comunicação).

Tal posicionamento, em verdade, já em momento oportuno fora igualmente consignado pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do seguinte excerto do voto do Ministro Celso de Mello:

Enquanto os *direitos de primeira geração* (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os *direitos de segunda geração* (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os *direitos de terceira geração*, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.¹⁶

É por esse motivo que Ferreira Filho afirma que “a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, complementar o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade”.¹⁷

Assim, podemos concluir que o direito à autodeterminação, ou seja, a não influência do Estado nas escolhas e caminhos individuais de cada ser humano é compreendido como um direito de primeira geração. Isso porque a postura do Estado nesse tipo de relação jurídico-social é absenteísta, lhe sendo imposta uma obrigação de não fazer, consubstanciada no respeito as escolhas de vida inerentes a condição humana.

Em última análise, o direito à autodeterminação compreende a livre disposição do patrimônio sem a interferência da Administração Pública.

De outro turno, não pode o ordenamento jurídico impor penalidades a condutas que não se apresentam lesivas ao meio social e, de alguma forma, comprometam o convívio social humano.

Assim, uma disposição penal (*rectius*: aquela que cria crime ou contravenção penal e define a sanção correlata) deve ser norteadada pela lesividade

¹⁶ Supremo Tribunal Federal (STF). Pleno. **MS no 22.164/SP** – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39.206.

¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 57.

da conduta ao meio social. Na análise de Cezar Roberto Bitencourt, temos que o direito penal:

apresenta-se como um conjunto de valorações e princípios que orientam a própria aplicação e interpretação das normas penais. Esse conjunto de normas, valorações e princípios, devidamente sistematizados, tem a finalidade de tornar possível a convivência humana, ganhando aplicação prática nos casos ocorrentes, observando rigorosos princípios de justiça.¹⁸

Por essa exata razão, o chamado princípio da alteridade veda a penalização da autolesão, ou seja, é impunível a conduta humana voltada a lesar tão somente a si mesmo. Nas palavras de Cunha, “*o homem não pode ser, ao mesmo tempo, sujeito ativo e passivo de crime, mesmo porque, como informa o princípio da alteridade, ninguém poderá ser responsabilizado pela conduta que não excede sua esfera individual*”.¹⁹

3. A proibição anacrônica dos jogos de azar em face da Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 apresenta um rol de vetores que indicam a clara inclinação da ordem econômica ao capitalismo liberal, através da exortação de valores como a livre iniciativa, a propriedade privada e a livre concorrência. É o que reza o art. 170 desta Carta Magna:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

II - propriedade privada;

[...]

¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 36.

¹⁹CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 157.

IV - livre concorrência;

[...]

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Assim, é possível afirmar, sem muito embargo, que a escolha constitucional quanto ao modelo econômico foi a do privilégio ao empreendedorismo e a geração de riquezas, entendendo essa valorização como veículo atrator do desenvolvimento humano e social²⁰.

Nesta toada, muitas dúvidas são levantadas quanto ao fundamento de proibição dessa modalidade de entretenimento, sobretudo a partir das conclusões de que se trata de atividade lucrativa e potencialmente geradora de recursos.

Mais que isso. Pende de exame a recepção da norma proibidora do art. 50 da Lei de Contravenções Penais pela Constituição Federal de 1988 – isto é, não houve ainda pronunciamento judicial afirmando a validade da norma quanto incorporada ao moderno sistema constitucional de garantias e valores.

E, a nosso ver, tal exame só pode ser negativo.

Uma breve análise do texto constitucional evidencia a superação do paradigma que fundamentou a proibição aos jogos de azar. Se, para a Constituição de 1946, era válida e necessária a dura repressão aos cassinos e entretenimento baseado na sorte e na habilidade dos jogadores, essa não é, nem de longe, a orientação da vigente ordem constitucional.

A começar, a própria Constituição elenca como contribuição com intuito de subsidiar o Regime Geral de Previdência Social as receitas dos concursos de prognósticos, isto é, as apostas que envolvem sorte ou habilidade na previsão de resultados:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos

²⁰GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

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.

Nesse contexto, a Lei 8.212/1991 assim explora o tema:

Art. 26. Constitui receita da Seguridade Social a renda líquida dos concursos de prognósticos, excetuando-se os valores destinados ao Programa de Crédito Educativo. § 1º Consideram-se concursos de prognósticos todos e quaisquer concursos de sorteios de números, loterias, apostas, inclusive as realizadas em reuniões hípcas, nos âmbitos federal, estadual, do Distrito Federal e municipal. § 2º Para efeito do disposto neste artigo, entende-se por renda líquida o total da arrecadação, deduzidos os valores destinados ao pagamento de prêmios, de impostos e de despesas com a administração, conforme fixado em lei, que inclusive estipulará o valor dos direitos a serem pagos às entidades desportivas pelo uso de suas denominações e símbolos.

Portanto, a imoralidade e ofensa aos bons costumes – argumento alegado para a proibição da exploração dos jogos de prognósticos – não são suficientes para envergar a vontade constitucional em ver tais apostas sendo realizadas, com o fito de financiar o sistema de previdência social.

Em verdade, o ainda vigente Decreto-Lei nº 6.259/1944 dispõe sobre os serviços de loterias (Federais e Estaduais), ou seja, a tolerância estatal ao jogo é possível, desde que seja explorado por ele. A proibição é apenas oponível ao particular.

O referido decreto é textual nesse sentido:

Art. 3º A concessão ou exploração lotérica, como derrogação das normas do Direito Penal, que proíbem o jogo de azar, emanará sempre da União, por autorização direta quanto à loteria federal ou mediante decreto de ratificação quanto às loterias estaduais.

Assim, não há como negar que o fenômeno de proibição desses jogos é absolutamente contraditório. Ao passo que o jogo é condenado e execrado pela Lei de Contravenções Penais como vício social, ele é encorajado, quando prestado pelo

Estado, estando os seus recursos, inclusive, sujeitos ao financiamento da previdência social.

Exatamente por essa razão o Projeto de Lei do Senado Federal nº 186 de 2014²¹, de autoria do Senador Ciro Nogueira, no art. 8º, elucida as formas de jogos permitidas, caso seja aprovado o projeto:

Art. 8º São passíveis de exploração no Brasil os seguintes jogos de azar, dentre outros previstos em regulamento: I – Loteria Federal e Loterias Estaduais; II – Sweepstake; III – Aqueles praticados em cassinos; IV – Bingos; V – Apostas de quotas fixas; VI – Apostas eletrônicas; e VII – Jogo do bicho.

Colocando os jogos explorados pelo Estado e por particulares lado a lado, a Lei elimina a contradição apontada, permitindo que se reate a relação entre Estado e as apostas, superando o paradigma conservador e anacrônico então existente.

E, de igual sorte, encontra-se na pauta do Plenário do Supremo Tribunal Federal o tema 924 da Repercussão Geral:

Tema 924 - Tipicidade das condutas de estabelecer e explorar jogos de azar em face da Constituição da República de 1988. Recepção do "caput" do art. 50 do Decreto-Lei n. 3.688/1941 (Lei das Contravenções Penais).

Relator: MIN. LUIZ FUX Leading Case: RE 966177²²

O acórdão recorrido, derivado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, considerou atípica a conduta de explorar jogos de azar, a conta da não recepção do art. 50 da Lei de Contravenções Penais pela Constituição da República.

Relator do recurso, o ministro Luiz Fux afirmou que a questão é controvertida e envolve matéria constitucional relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, ultrapassando os interesses subjetivos da causa, por isso merece reflexão do STF. “A

²¹ Senado Federal. **PLS 186/2014**. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/117805>>. Acesso em 29 jun. 2017.

²² Supremo Tribunal Federal (STF). **Teses de Repercussão Geral - Pesquisa Avançada**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4970952&numeroProcesso=966177&classeProcesso=RE&numeroTema=924>> Acesso em 05 jul. 2017.

questão posta à apreciação deste Supremo Tribunal Federal é eminentemente constitucional, uma vez que o tribunal a quo afastou a tipicidade do jogo de azar lastreado em preceitos constitucionais relativos à livre iniciativa e às liberdades fundamentais, previstos nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XLI; e 170 da Constituição Federal”, afirmou. O ministro ressaltou que todas as Turmas Recursais Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul têm entendido no mesmo sentido, fazendo com que no Rio Grande do Sul a prática do jogo de azar não seja mais considerada contravenção penal. “Assim, entendo por incontestável a relevância do tema a exigir o reconhecimento de sua repercussão geral”, asseverou Fux.²³

Nessa medida, há intensa movimentação por parte do Poder Judiciário no sentido de rediscutir a questão, conferindo uma nova visão sobre a inconsistência dos motivos que levam a proibição da exploração dos jogos de azar. É partindo deste ponto que avançamos a presente investigação no vislumbre a discussão acerca dos benefícios sociais advindos de uma possível autorização.

4. Benefícios sociais da autorização

Em que pese trata-se de exercício de futurologia analisar o porvir do processo político (ou mesmo jurídico), a normatização dos jogos de azar prescinde de um exame apurado dos benefícios que seriam possíveis de alcance, sob o paradigma social.

Inicialmente, o fenômeno de abolição de uma figura criminal ou contravenção penal redundará na libertação imediata e extinção da punibilidade dos processos julgados e em curso relativos àquela disposição. De acordo com o Código Penal:

²³ Supremo Tribunal Federal (STF). **STF decidirá se proibição de jogos de azar prevista em legislação de 1941 é compatível com a Constituição.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=329938>>. Acesso em 25 jun. 2017.

Extinção da punibilidade

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;

Para Luís Regis Prado, a extinção da punibilidade “implica renúncia, pelo Estado, do exercício do direito de punir, seja pela não imposição de uma pena, seja pela não execução ou interrupção do cumprimento daquela já aplicada”²⁴. A propósito, esse fenômeno de revogação de lei incriminadora é conhecido por *abolitio criminis*, ocorre pelos efeitos retroativos da norma revogadora a todos os fatos, inclusive aqueles julgados definitivamente, afastando-se os efeitos penais da condenação²⁵.

Outro efeito da legalização dos jogos é a sua repercussão positiva sobre a segurança pública. Lecionam Ragazzo e Ribeiro, em análise conjunta, que

Primeiro, *diretamente*, ao aumentar as oportunidades de empregos formais (sobretudo para empregos de baixa qualificação), a indústria de jogos de azar daria uma oportunidade adicional a indivíduos que, caso contrário, optariam por explorar atividades ilícitas como forma de angariar renda; e segundo, *indiretamente*, devido às externalidades positivas associadas ao aumento no desenvolvimento econômico de certas regiões. Na medida em que determinada região passa por um grau maior de desenvolvimento econômico, crescem sua renda *per capita* e as oportunidades de emprego em setores legais, dentro e fora da indústria de jogos, com a potencial queda das taxas de criminalidade.²⁶

²⁴PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: volume 1 -Parte Geral**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 818.

²⁵ Id. *Ibid.*, p. 822.

²⁶ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; RIBEIRO, Gustavo Sampaio de Abreu. O dobro ou nada: a regulação de jogos de azar. In: **Rev. Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 634, Dez. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000200010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 06 de Julho de 2017.

Tendo essa premissa estabelecida, é possível partir as questões tributárias envolvidas na organização da atividade de entretenimento pelo Estado, remunerando-se este pelas apostas e pelos prêmios pagos por esses jogos.

Na lição trazida por Sabbag, “o Estado necessita, em sua atividade financeira, captar recursos materiais para manter sua estrutura, disponibilizando ao cidadão contribuinte os serviços que lhe compete, como autêntico provedor das necessidades coletivas.”²⁷. Por isso, o Direito Tributário apresenta-se como ferramenta para arregimentar essas receitas, a fim de que sejam concretizados os objetivos constitucionalmente estabelecidos.

Mais que isso. Hodiernamente, compreende-se, ainda, que o Direito Tributário exerce uma importante função de desestímulo a atividades nocivas ou prejudiciais, bem como deve incidir mais intensamente sobre fatos geradores de certa forma mais desnecessários à vida humana. Trata-se do paradigma da extrafiscalidade dos tributos, corolário da capacidade contributiva e da seletividade.

Na salutar visão da doutrina, os impostos extrafiscais são aqueles “com finalidade reguladora (ou regulatória) de mercadoria ou da economia de um país”²⁸. Essa extrafiscalidade pode ser obtida, dentre outras formas, pela progressividade dos impostos. À luz da doutrina:

A progressividade traduz-se em técnica de incidência de alíquotas variadas, cujo aumento se dá na medida em que se majora a base de cálculo do gravame. O critério da progressividade diz como o aspecto quantitativo, desdobrando-se em duas modalidades: a progressividade fiscal e a progressividade extrafiscal.

[...]

A segunda, por sua vez, filia-se à modulação das condutas, no bojo do interesse regulatório.²⁹

Sendo assim, são revestidos os jogos de azar de dois tipos de incidência, no que diz respeito ao Direito Tributário: a primeira destina-se à arrecadação natural dos proveitos gerados pelos cassinos e congêneres; a segunda é a autorização para

²⁷SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 39.

²⁸ Id. *Ibid.*, p. 452.

²⁹ SABBAG, Eduardo. *op. cit.*, p. 453.

a majoração de tributos para funções regulatórias, inibitórias ou mesmo que levam em conta os gastos estatais em neutralizar os prejuízos sociais decorrentes daquela atividade.

Nada obstante, a exploração das atividades do tema em estudo mostra-se como verdadeiro elemento de efervescência econômica, aquecendo economicamente os setores turísticos e ampliando a frequência de gastos desse novo público nas cidades brasileiras.

E, sobre os prêmios eventualmente conferidos, incide Imposto sobre a Renda e Proventos de qualquer natureza. De acordo com o Código Tributário Nacional, constitui fato gerador do imposto:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

Na ambiência das loterias federais, já devidamente consolidadas, é corriqueira o desconto prévio de imposto de renda, podendo muito bem servir como paralelo para as apostas privadas.

Art 5º O impôsto de renda incidente sôbreos prêmios lotéricos será recolhido mensalmente pela Administração do Serviço de LoteriaFederal e compreenderá o impôsto correspondente às extrações do mês anterior.³⁰

Assim, vislumbram-se inúmeras vantagens tributárias ao Estado com a realização de receitas ordinárias oriundas de jogos de azar, ampliando manifestamente as possibilidades de investimento em setores deficitários como saúde, educação, segurança pública, moradia e infraestrutura.

³⁰ BRASIL. Decreto-lei nº 204, de 27 de fevereiro de 1967.

Além disso, há incontestável geração de empregos legítimos, formais e informais, acarretando numa redução drástica de violência, crimes patrimoniais e outras mazelas relacionadas ao desemprego. Não por acaso, Magno José, considerado o maior especialista no tema no Brasil e então presidente do Instituto Jogo Legal, teria afirmado que o setor político e legislativo subestima o poder de arrecadação na legalização de bingos, cassinos e até Jogo do Bicho, afirmando que “o potencial do mercado de jogo totalmente legalizado pode girar em torno de R\$ 60 bilhões. Isso renderia até R\$ 18 bilhões por ano à União; [...] o mercado teria 350 mil [empregos formais] apenas no Jogo do Bicho. E 150mil, por baixo, em bingos e cassinos”³¹.

Conclui-se, nesta toada, que a exploração dos jogos de azar sob a fiscalização e tutela dos jogos de azar por parte do Estado e de particulares pode influir positivamente no desenvolvimento humano de comunidades desoladas pela crise econômica em que vive o Brasil.

Outro benefício que necessita de relato é a possibilidade de checagem e fiscalização, por parte da Administração Pública, dos resultados desses jogos, impedindo ou ao menos dificultando fraudes envolvendo os sorteios. Essas auditorias conferem uma maior segurança ao certame, o que permite também a lisura do procedimento.

Considerações finais

A proibição dos jogos de azar adveio de uma lógica estatal ligada fortemente a preceitos religiosos e morais correspondentes a um tempo hoje anacrônico.

A *mens legis* do art. 50 da Lei de Contravenções Penais, norma penal reitora da proibição de jogos de azar, claramente traduz esse espírito protetivo da moral e dos bons costumes, pouco se preocupando com as consequências do jogo patológico e os riscos sociais de lá decorrentes.

Essa orientação não mais se coaduna com os valores democráticos de autodeterminação pessoal e de distanciamento do Estado da autonomia individual

³¹ MAZZINI, Leandro. op. cit.

em construir a própria teia de relações jurídicas sem a interferência do poder público.

Em paralelo, a consecução de valores constitucionais notadamente marcados por deveres prestacionais do Estado irrompe na necessária ampliação do orçamento público, a fim de prestar o serviço da melhor forma e mais uniforme possível aos contribuintes. Nessa medida, mostra-se salutar a busca por novas formas de obtenção de receita pública, materializando as necessidades sociais constitucionalmente impostas.

Diante desse quadro, mostra-se realmente interessante ao Estado Democrático de Direito a regulamentação da atividade de jogos de azar, posto que, como atividade geradora de receita, pode fazer incidir impostos como o IR – imposto de renda sobre os prêmios. Essa tributação pode ainda ser majorada, em obediência à moderna compreensão de tributação verde, seguindo o princípio da seletividade tributária.

Todavia, é imprescindível anotar que existem benefícios imprescindíveis em termos de segurança pública, como a extinção da punibilidade dos infratores da norma em estudo, bem como a possibilidade de redução dos índices criminais pela criação de novos postos de trabalho.

Insta salientar, por fim, que a interferência do Estado no sentido da auditoria dos sorteios de jogos baseados exclusivamente na sorte e na habilidade dos participantes garantiria a lisura do procedimento, resguardando a economia popular e evitando fraudes.

Referências Bibliográficas

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: **Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado**. Salvador, nº 9, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Constituição Federal, de 5 de Outubro de 1988**.

BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília, 31 dez. 1940.

BRASIL. **Decreto-lei nº 204, de 27 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a exploração de loterias e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 27 fev. 1967.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 241, de 4 de Fevereiro de 1938**. Dispõe sobre o impôsto de licença para funcionamento, no Distrito Federal, dos casinos-balneários, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 05 fev. 1938.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de Outubro de 1941**. Lei das Contravenções Penais. Diário Oficial da União, Brasília, 03 out. 1941.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.866, de 23 de Outubro de 1942**. Dispõe sobre a aplicação do art. 50 do decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. Diário Oficial da União, Brasília, 23 out. 1942.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 9.215, de 30 de Abril de 1946**. Proíbe a prática ou exploração de jogos de azar em todo o território nacional. Diário Oficial da União, Brasília, 30 abr. 1946.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial da União, Brasília, 27 out. 1966.

BRASIL. **Lei nº 8.212, de 24 de Julho de 1991.** Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 25 jul. 1991.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal:** parte geral. 3ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2015

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988.** 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

JESUS, Damasio de. **Lei das Contravenções Penais Anotada.** 12º ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LACERDA, Martins. Ricardo. Bicharada: Como, quando e onde surgiu o jogo do bicho?. In: **Galileu**. <<http://revistagalileu.globo.com/Galileu/0,6993,ECT954023-1716,00.html>> Acesso em 03 jul. 2017.

MAZZINI, Leandro. Legalização dos jogos pode render R\$ 18 bilhões em impostos. In: **Coluna Esplanada**, 22 set. 2015. Disponível em: <<https://colunaesplanada.blogosfera.uol.com.br/2015/09/22/legalizacao-dos-jogos-pode-render-r-18-bilhoes-em-impostos/>> Acesso em 20 jun. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014

OLIVEIRA, Maria Paula Magalhães Tavares de; SILVEIRA, Dartiu Xavier da; SILVA, Maria Teresa Araujo. Jogo patológico e suas conseqüências para a saúde pública. In: **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 42, n. 3, p. 542-549, Jun. 2008 . Disponível em <http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102008000300022&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 03 jul. 2017.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: volume 1 - Parte Geral.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; RIBEIRO, Gustavo Sampaio de Abreu. O dobro ou nada: a regulação de jogos de azar. In: **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 625-650, Dez. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000200010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 02 jun. 2017.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016
Senado Federal. **PLS 186/2014**. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/117805>>. Acesso em 29 jun. 2017.

Supremo Tribunal Federal (STF). Pleno. **MS no 22.164/SP** – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39.206

Supremo Tribunal Federal (STF). **STF decidirá se proibição de jogos de azar prevista em legislação de 1941 é compatível com a Constituição**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=329938>>. Acesso em 25 jun. 2017.

Supremo Tribunal Federal (STF). **Teses de Repercussão Geral - Pesquisa Avançada**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4970952&numeroProcesso=966177&classeProcesso=RE&numeroTema=924>> Acesso em 05 jul. 2017.

WESTIN, Ricardo. Por 'moral e bons costumes', há 70 anos Dutra decretava fim dos cassinos no Brasil. In: **Senado Federal**. <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/02/12/por-201cmoral-e-bons-costumes201d-ha-70-anos-dutra-decretava-fim-dos-cassinos-no-brasil>> Acesso em 03/07/2017

Universidade Federal Fluminense
Superintendência de Documentação

Biblioteca da Faculdade de Direito

Carvalho, Ana Carolina Barreto Andrade de.

Fazendo uma “fezinha”: a tutela jurídica sobre os jogos de azar / Ana Carolina Barreto Andrade de Carvalho. – Niterói, 2017.

1. Jogos de azar. 2. Legalização. 3. Direito constitucional. 4. Direito Tributário. 5. Direitos e garantias individuais.

Indexação – Artigo Científico

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE

FACULDADE DE DIREITO-COORDENAÇÃO DO CURSO DE GRADUAÇÃO

ATA DE DEFESA-TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO (TCC)

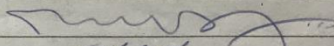
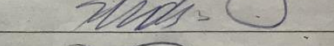
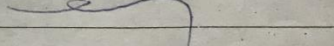
Aos 18 dias do mês de Dezembro do ano de 2017, reuniram-se os membros da banca examinadora composta pelos professores abaixo relacionados para examinar e avaliar a defesa oral do trabalho intitulado

Fazendo uma "Feginha": A sutileza jurídica sobre os jogos de azar

Apresentado pelo(o) discente Ana Carolina Barreto Andrade de Carvalho matrícula nº 212007261

no Curso de Bacharelado em Direito desta Faculdade, que teve como orientador o(a) professor (a) Marcos Martins

Após a apresentação do trabalho os membros da Banca Examinadora atribuíram as seguintes notas:

SIAPÉ DO PROFESSOR	NOME DO PROFESSOR	NOTA ATRIBUÍDA	ASSINATURA DO PROFESSOR
	MANOEL MARTINS DE	10,0	
	MARILIO DO BRASIL CAMARGO	10,0	
	CHRISTINA BEATRIZ DE OLIVEIRA	10,0	
MÉDIA FINAL		10,0	

Desta forma o trabalho foi () APROVADO COM INDICAÇÃO DE CONSULTA PARA OUTROS TRABALHOS- () APROVADO-

() APROVADO COM RESTRIÇÕES-Anexar relatório com as justificativas- () REPROVADO