

# GUTA!


O CASO DOS JOGOS DE AZAR

Renato Giavina Bianchi

— Graduação



**G.DPEE**



"O direito é uma ciência prática, que se propõe a resolver problemas da vida em sociedade de forma correta, e não apenas a calar os envolvidos com um ato de força. Uma teoria jurídica não é um rótulo, uma expressão ('domínio do fato'), que abrevia um enunciado abstrato ('autor do crime é quem tem o domínio do fato') e está vinculada ao nome ou à autoridade de determinado autor ('ROXIN'), e sim uma tentativa de dar uma resposta correta a problemas concretos com que se verão confrontados os aplicadores do direito em seu dia-a-dia. Como disse em outra oportunidade, a prática não é uma consequência da teoria, mas seu começo e sua conclusão. Isso significa que o significado e o alcance de uma teoria só podem ser compreendidos uma vez que se esteja em condições de correlacionar a teoria a uma gama de problemas concretos. Essa capacidade tem, como qualquer outra, de ser treinada. O estudo abstrato das teorias tem de ser, assim, complementado pela aplicação dessas teorias a casos concretos – da mesma maneira que a leitura de livro de idioma não capacita ninguém a falar a língua" (GRECO, ESTELLITA, LEITE, A prática da teoria do delito, inédito).

O Gutachtenstil — carinhosamente apelidado de “Guta” — é um método de resolução de casos, largamente praticado, desde tempos remotos, na tradição alemã. Ele permite que o jurista consiga enxergar a teoria como um instrumento para a solução dos conflitos concretos, adquirindo sólida base para posterior crítica e até mesmo elaboração de novas soluções.

O método foi inserido nos cursos da FGV DIREITO SP em 2015, pela Profa. Dra. Heloisa Estellita em parceria com a Cátedra do Prof. Dr. Luís Greco, da Universidade Humboldt de Berlin. Além do ensino regular com o uso do método em todos os cursos ministrados pelos professores do grupo, foram realizados dois cursos intensivos na Escola, um com o Prof. Dr. Luís Greco (2015) e outro com o Dr. Alaor Leite (2019).

O texto a seguir é um produto do uso do método na FGV DIREITO SP.

ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS

**Exploração de Jogos de Azar em Meio Virtual:  
Análise estruturada de caso por meio do *Gutachtenstil***

Renato Giavina Bianchi

São Paulo

2018

Renato Giavina Bianchi

**Exploração de Jogos de Azar em Meio Virtual:  
Análise estruturada de caso por meio do *Gutachtenstil***

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado à Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de habilitação: Direito

Orientador: Profa. Dra. Heloisa Estellita

São Paulo

2018

**Renato Giavina Bianchi**

**Exploração de Jogos de Azar em Meio Virtual:  
Análise estruturada de caso por meio do *Gutachtenstil***

**Aprovado em: \_\_/\_\_/\_\_.**

**BANCA EXAMINADORA**

---

---

**Heloisa Estellita – FGV Direito SP (orientadora)**

## RESUMO

O desenvolvimento tecnológico traz diversos desafios para o direito. No Direito Penal, o desafio talvez seja ainda maior. Por conta da taxatividade, é necessário que todas as condutas criminalizadas estejam expressamente previstas em lei. Por outro lado, o desenvolvimento tecnológico é mais rápido que o processo legislativo e acabam-se criando novas maneiras de praticar condutas similares de maneira mais rápida que a regulação pode acompanhar. Este trabalho tem como objetivo entender desafios na aplicação da norma à uma conduta que, cada vez de maneira mais frequente, vem sendo praticada por meio da internet. Para não discutir um tema tão amplo de maneira genérica, optou-se por realizar um estudo de caso. Essa análise pretende, com isso, mapear e propor uma solução às principais questões de direito penal relativas à exploração de jogos de azar em meio virtual.

**PALAVRAS CHAVE:** Jogos de azar em meio virtual – *Gutachtenstil* – Análise estruturada de caso – Direito e tecnologia.

## ABSTRACT

Technological development brings forth new challenges to law. In Criminal Law, it may be even more demanding. The legal type principle demands that all criminalized activities must be specifically foreseen in law. On the other hand, technological development tends to be faster than legislative procedure. Therefore, new manners of performing the same acts may arise faster than regulation can adapt to it. This essay aims to understand the main challenges in applying law on an action that has been increasingly done over the internet. To avoid discussing such a broad topic generically, it was opted to perform a case study. The analysis aims to map and come up with a solution to the main problems regarding Criminal Law and online gambling.

**KEY WORDS:** Online gambling – *Gutachtenstil* – structured case analysis – Law and technology.

**256.** *A ciência exercita a capacidade, não o saber.* — O valor de praticar com rigor, por algum tempo, uma *ciência rigorosa* não está propriamente em seus resultados: pois eles sempre serão uma gota ínfima, ante o mar das coisas dignas de saber. Mas isso produz um aumento de energia, de capacidade dedutiva, de tenacidade; aprende-se a *alcançar um fim de modo pertinente*. Neste sentido é valioso, em vista de tudo o que se fará depois, ter sido homem de ciência.

(Friedrich Wilhelm Nietzsche)

## ÍNDICE

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. MÉTODO.....	10
3. NARRATIVA DO CASO.....	12
4. ANÁLISE.....	13
4.1. APLICAÇÃO DA LEI BRASILEIRA.....	13
4.1.1. CONDUTA E RESULTADO.....	14
4.1.1.1. RESULTADO LESIVO.....	15
4.1.1.1.1. O BEM JURÍDICO AFETADO PELA CONTRAVENÇÃO.....	16
4.1.1.2. RESULTADO NATURALÍSTICO.....	18
4.1.2. EXTRATERRITORIALIDADE.....	19
4.1.3. CONCLUSÃO PARCIAL.....	20
4.2. TÍPICIDADE.....	20
4.2.1. TÍPICIDADE OBJETIVA.....	20
4.2.1.1. ESTABELECECER OU EXPLORAR.....	21
4.2.1.2. JOGO DE AZAR.....	23
4.2.1.3. EM LOCAL PÚBLICO OU ACESSÍVEL AO PÚBLICO.....	24
4.2.1.3.1. SÍTIO ELETRÔNICO COMO LUGAR ACESSÍVEL AO PÚBLICO.....	25



4.2.1.3.1.1.	ANÁLISE GRAMATICAL.....	25
4.2.1.3.1.2.	ANÁLISE TELEOLÓGICA/ESTRUTURAL.....	29
4.2.1.3.1.2.1.	MORALIDADE PÚBLICA.....	31
4.2.1.3.1.2.2.	AUTONOMIA.....	32
4.2.1.3.2.	SÍTIO ELETRÔNICO COMO MEIO DE ACESSO.....	33
4.2.1.4.	CONCLUSÃO PARCIAL.....	35
4.2.2.	TÍPICIDADE SUBJETIVA.....	35
4.3.	ANTI JURIDICIDADE.....	36
4.4.	CULPABILIDADE.....	36
5.	CONCLUSÃO.....	39
6.	REFERÊNCIAS.....	41

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende estudar as consequências penais de disponibilizar, por meio da internet, um serviço de cassino, em que jogadores podem realizar apostas em jogos de azar.

Além de estudar o caso propriamente dito e entender se a prática, cada vez mais comum, de criar sites de cassinos virtuais hospedados em países estrangeiros é uma conduta típica, o trabalho tem dois grandes objetivos: entender o quanto algumas tipificações do direito podem se adequar a desenvolvimentos tecnológicos recentes e demonstrar a aplicação e a utilização do *Gutachstentil*, ou análise estruturada de caso.

A primeira questão que se propõe estudar surgiu antes mesmo da escolha do caso. A tecnologia traz diversos desafios para o direito, seja no campo da criação ou da aplicação de normas. Uma das principais questões a ser entendidas é o quanto a lei penal está preparada para lidar com inovações. Sobre essa aplicação, há duas questões importantes a serem abordadas: como os institutos tradicionais de territorialidade lidam com um caso em que a internet permite que a conduta e o resultado ocorram em inúmeras localidades e o quanto os tipos penais já definidos abarcam novas maneiras de cometimento dos mesmos delitos por meio de novas ferramentas.

Por mais que o tema seja interessante e tenha ganhado alguma atenção recentemente devido a sites de apostas esportivas, alguns ainda podem questionar a utilidade de um trabalho dedicado a estudar um caso cuja conduta está potencialmente tipificada como contravenção penal. Por mais que a exploração de jogos de azar seja uma contravenção, ela é uma atividade que visa lucro e pode acabar rendendo ativos. Portanto, se a exploração em meio virtual for considerada uma contravenção, qualquer valor proveniente dessa atividade seria produto de infração penal e, assim, a partir da publicação da Lei nº 12.683 de 2012, poderia ensejar responsabilização por lavagem.

O segundo grande objetivo do trabalho é demonstrar a utilização do *Gutachstentil* e contribuir com o esforço de difusão do método no Brasil como ferramenta para realizar a subsunção das normas. A utilização desse método pode trazer grandes benefícios ao meio

jurídico. A análise estruturada obriga o aplicador da norma a expor todos os elementos fundamentais da teoria geral do delito e analisar cada um. Isso impõe que toda a subsunção seja fundamentada e o raciocínio utilizado para tal exposto de maneira completa, o que não só permite uma compreensão melhor como uma identificação mais precisa dos pontos de discordância para eventualmente contestar uma decisão, denúncia ou defesa.

## 2. MÉTODO

Para estudar as questões acima colocadas, optou-se por realizar um estudo de caso. Isso permite pensar sobre os problemas de maneira concreta, sem deixar o trabalho abstrato demais, e demonstrar como a análise estruturada de casos facilita a solução de casos complexos. O método fragmenta o problema em várias perguntas menores, o que não só facilita a obtenção da resposta, como garante que todas as etapas necessárias para a consideração de um fato como punível foram tomadas. Essa exposição clara do raciocínio adotado garante maior controle sobre o processo de subsunção.

Conforme exposto, desde o início da escolha do tema para o trabalho, o intuito era realizar uma reflexão sobre a relação entre o direito penal e o desenvolvimento tecnológico. A análise de um caso de exploração de jogos de azar em meio virtual foi, então, o método escolhido para realizar esse estudo. Ele nos permite aproximar o abstrato ao campo prático<sup>1</sup> e “pode trazer resultados de grande utilidade à reflexão sobre as relações estabelecidas entre particulares ou entre estes e o Estado, dinâmicas institucionais, compreensão e aplicabilidade de institutos jurídicos”<sup>2</sup>, garantindo que sempre tenhamos um fio condutor claro e, assim, o trabalho não fique demasiado teórico e pense, de maneira abstrata, sobre algo tão amplo quanto a relação do direito penal com a tecnologia.

O problema escolhido permite duas reflexões entendidas como centrais em crimes envolvendo tecnologia: a territorialidade e a tipicidade. Quanto ao primeiro ponto, a questão central deriva do fato de que, com a internet, é perfeitamente viável que uma conduta produza resultado à distância, e a informação passe por diversos servidores<sup>3</sup>, ou, ainda, que a própria conduta seja fragmentada em dois ou mais países<sup>4</sup>. No segundo ponto, a questão central é a

---

<sup>1</sup> GHIRARDI, José Garcez; PALMA, Juliana Bonacorsi de; VIANA, Manuela Trindade. *Posso fazer um trabalho inteiro sobre um caso específico?* In. QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *Metodologia jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 177

<sup>2</sup> Idem.

<sup>3</sup> COSTA, Fernando José da. *Locus delicti nos crimes informáticos*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011. p. 131.

<sup>4</sup> ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. *A criminalidade informática*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006. p. 65.

aplicabilidade — ou não — de termos cotidianos ou conceitos jurídicos escolhidos em uma época totalmente distinta, em que não se podia prever o como a tecnologia permitiria novos meios de afetar os mesmos bem jurídicos.

Evidentemente, o trabalho não se limita a descrever um caso, mas tem como principal foco a análise das questões jurídicas nele envolvidas. A narrativa é simples e curta, apresentando o caso de maneira sintética, apenas com as questões relevantes para aplicar a norma que se pretende analisar, de modo a não tirar o foco da questão central no trabalho: a subsunção.

O método utilizado para realizar a subsunção é o *Gutachtenstil*<sup>5</sup>, ou método analítico de resolução de caso. Essa estrutura se baseia na ideia de que o direito tem como objetivo dar uma resposta correta a uma questão prática.

A estrutura de análise utilizada se assemelha fortemente ao método cartesiano de quatro etapas<sup>6</sup>. Primeiro, não existe uma preconcepção já formada, o aplicador parte do caso a analisa todas as possibilidades possíveis, evitando a pressa e a prevenção. Em segundo lugar, o problema é fragmentado em diversas etapas para que cada uma delas possa ser solucionada de maneira mais simples. Inicialmente é feita uma divisão entre os três elementos essenciais da teoria geral do delito, depois cada um deles é dividido novamente para que se analise cada um dos fragmentos do problema. Em terceiro lugar, a análise é conduzida por ordem, primeiro se analisam as questões mais simples e fundamentais, como se houve resultado para, depois, permitir a análise dos fragmentos mais complexos. O que garante o quarto elemento é a própria metodologia, a relação metódica completa com uma estrutura de análise exaustiva garante que nada foi omitido, Luís Greco define esse aspecto do *Gutachtenstil* como a máxima exaustividade<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> GRECO, Luís; ESTELLITA, Heloisa; LEITE, Alaor. *A prática da teoria do delito: A Parte Geral do Direito Penal segundo o método estruturado de resolução de casos. Working paper.*

<sup>6</sup> DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Coleção Os Pensadores. Editora Nova Cultural: São Paulo, 1999.

<sup>7</sup> GRECO, Luís; ESTELLITA, Heloisa; LEITE, Alaor. *A prática da teoria do delito: A Parte Geral do Direito Penal segundo o método estruturado de resolução de casos. Working paper.* p. 7.

### 3. NARRATIVA DO CASO

Chico, um programador brasileiro, maior de idade, desenvolve, sozinho, um site no qual oferece pôquer e roleta. Toda a programação é realizada no Brasil. Uma vez pronto, Chico entra em contato com Pablo, um fornecedor de serviço de hospedagem de websites, e aloca o site em seus servidores.

O domínio é registrado e hospedado na Costa Rica, país muito utilizado para registrar esse tipo de serviço, e não há qualquer restrição quanto à nacionalidade dos usuários que podem utilizar o serviço. Pablo cobra uma taxa fixa, padronizada, para hospedar o site e Chico recebe diretamente os lucros da operação aqui no Brasil. O site opera com licença para fornecer esse tipo de serviço na Costa Rica.

#### 4. ANÁLISE

Para realizar a subsunção do caso à norma prevista no art. 50 do Decreto Lei 3.688/41<sup>8</sup>, que tipifica a exploração ou estabelecimento de jogos de azar, deve-se percorrer a seguinte estrutura de análise:

- a. Art. 50, Del3688/41
  - i. Tipicidade
    - 1. Tipo objetivo
    - 2. Tipo subjetivo
  - ii. Antijuridicidade
  - iii. Culpabilidade
- b. Conclusão

#### 4.1. APLICAÇÃO DA LEI BRASILEIRA

Antes de analisar a tipicidade objetiva, subjetiva e os outros elementos essenciais para determinar a punibilidade de Chico, é necessário entender se a legislação brasileira é aplicável.

---

<sup>8</sup> Art. 50. Estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele: [\(Vide Decreto-Lei nº 4.866, de 23.10.1942\)](#) [\(Vide Decreto-Lei 9.215, de 30.4.1946\)](#)

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 local.

O artigo 5º do Código Penal brasileiro determina que “aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional”. Resta saber, então, se o crime foi praticado em território nacional ou não. O art 6º, por sua vez, determina que “considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado”.

Para que o delito seja praticado no Brasil e, portanto, possamos aplicar a lei brasileira, existem três possibilidades: o resultado ter ocorrido em território nacional, a conduta ter sido praticada no Brasil ou que o caso se enquadre em alguma das hipóteses de extraterritorialidade. A primeira opção pressupõe a ocorrência do resultado da conduta criminosa no Brasil. A segunda possibilidade diz respeito ao lugar de prática da conduta: se ao menos parte da conduta criminosa for realizada em território nacional, o crime será considerado praticado aqui e, portanto, haverá aplicação da lei penal brasileira. A terceira trata de hipótese de extraterritorialidade. Esse instituto visa proteger bens de interesse nacional e aplicar a lei penal quando brasileiros estão envolvidos<sup>9</sup>, seja como autor ou como vítima, ou, por algum outro motivo, há interesse no processamento do crime. Basta a ocorrência de uma dessas hipóteses para que a lei brasileira seja aplicável. Passemos então à análise de cada uma delas.

#### **4.1.1. CONDOTA E RESULTADO**

Para progredir no debate, assumiremos, por hora, que a conduta é criminosa no Brasil para examinarmos se a lei brasileira poderia ser aplicável. A tipicidade propriamente dita será abordada no próximo capítulo.

O Brasil adota a teoria da ubiquidade<sup>10</sup> ou teoria mista<sup>11</sup>, ou seja, o crime pode ocorrer em dois lugares ao mesmo tempo, já que tanto a conduta quanto a ocorrência do resultado podem atrair a incidência da lei brasileira. Uma questão que surge quanto à aplicação da lei penal quando

---

<sup>9</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. Manual de Direito Penal: parte geral. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 22 e ss.

<sup>10</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. Manual de Direito Penal: parte geral. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 21.

<sup>11</sup> COSTA, Fernando José da. *Locus delicti nos crimes informáticos*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.



adotada a teoria da ubiquidade é se é necessário que a conduta seja considerada criminosa em dois países ou se basta a criminalização em um país para que haja responsabilização nele<sup>12</sup>.

Não está claro, entretanto, se o termo resultado utilizado no art. 6<sup>a</sup> do Código Penal diz respeito ao resultado lesivo ou ao resultado naturalístico da conduta. Conforme explica Heloisa Estellita, “o legislador brasileiro empregou esta expressão com conteúdo semântico variável, isto é, ora a expressão ‘resultado’ designa um evento naturalístico espaço-temporalmente separado da conduta, ora designa um acontecimento típico”<sup>13</sup>. Considerando-se a máxima exaustividade<sup>14</sup>, devemos abordar as duas possibilidades de interpretação da norma para entender se levariam a consequências diferentes.

#### **4.1.1.1. RESULTADO LESIVO**

A redação do art. 6<sup>o</sup> do Código Penal nos leva a entender que o referido resultado é relativo a um crime, não a uma conduta qualquer. Por conta disso, uma possível interpretação é que o resultado em si deve afetar um bem jurídico.

No direito penal alemão, adota-se também a teoria da ubiquidade e a redação do Título 1, § 9<sup>o</sup>, 1, do StGB<sup>15</sup> é relativamente similar à do art. 6<sup>o</sup> do CP. Assim, é possível invocar algumas reflexões já tecidas sobre a territorialidade no direito penal alemão para embasar a discussão. Jakobs<sup>16</sup> defende que, caso o resultado seja produzido em um país onde aquela criação de risco não é criminalizada, a conduta também não pode ser punida em um país em que aquele risco seja juridicamente reprovável. A racionalidade por trás dessa ideia é a de que o direito penal protege bens jurídicos e, sem lesividade a um bem jurídico, não faria sentido punir essa conduta. Para

---

<sup>12</sup> VIANNA, Túlio Lima. *Fundamentos de direito penal informático: do acesso não autorizado a sistema computacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

<sup>13</sup> ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 238.

<sup>14</sup> GRECO, Luís; ESTELLITA, Heloisa; LEITE, Alaor. *A prática da teoria do delito: A Parte Geral do Direito Penal segundo o método estruturado de resolução de casos. Working paper*. p. 7.

<sup>15</sup> *Strafgesetzbuch*, o código penal alemão.

<sup>16</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General: fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

deixar mais claro, suponhamos que o indivíduo A, no Brasil, realize uma conduta potencialmente ofensiva à honra de um indivíduo B, na China, mas, neste país, a conduta não é considerada uma ofensa, mas um comentário inofensivo. Não faz sentido que a legislação brasileira, criada com intuito de proteger a honra, puna uma conduta que não causou dano à honra de ninguém. Sem lesividade, não faria sentido punir uma conduta.

Conforme indicado na descrição do caso, o sitio eletrônico utilizado opera de maneira regular na Costa Rica, com licença para tal. Está bem claro no problema que a atividade não é irregular na Costa Rica. Seria, então, o caso se aplicar o entendimento de que, sem lesão a bem jurídico no local em que o resultado ocorre, a conduta não seria punível aqui?

#### **4.1.1.1.2. O BEM JURÍDICO AFETADO PELA CONTRAÇÃO**

No caso em questão, tudo indica que estamos tratando de um crime de perigo abstrato. Isso significa que não é necessário haver lesão a um bem jurídico para que haja punibilidade. Como explica Bottini<sup>17</sup>, o crime de perigo abstrato é uma técnica legislativa utilizada para criminalizar condutas independentemente da produção de um resultado. Ele se perfaz apenas com a prática do comportamento descrito no tipo, sem qualquer referência a efeitos exteriores.

Basta que a conduta descrita no tipo penal seja praticada para que o fato seja típico. Para que a exploração de jogos de azar seja um crime de resultado, na concepção de resultado lesivo, seria necessária a exigência de alguma lesão para caracterização da figura típica. Se isso fosse verdade, teríamos duas hipóteses: se o bem jurídico tutelado fosse a autonomia dos jogadores, seria necessário um dano concreto à autonomia; se o bem jurídico tutelado for uma espécie de moralidade, seria necessário um efetivo dano à moralidade pública coletiva.

---

<sup>17</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 113.

Conforme explica Luís Greco, o reconhecimento de alguns crimes como crimes de perigo abstrato é uma alternativa a reconhecê-los como protetores de “falsos bens-jurídicos”<sup>18</sup>, o que, na opinião do autor, os tornaria inconstitucionais. Para aqueles que entendem teoria do bem jurídico como determinante para a constitucionalidade de uma lei penal, a melhor maneira de entender a proteção conferida por esse dispositivo da lei de contravenções penais como legítima seria entender que se trata de uma proteção, sem efetiva lesão, a um bem jurídico individual. Como a Constituição Federal de 1988 não revoga expressamente a lei de contravenções penais, tendo em vista a presunção de constitucionalidade dos atos normativos<sup>19</sup>, nós, interpretes, temos o dever de interpretar a norma de modo que ela garanta a maior coerência possível<sup>20</sup>, ou seja, de maneira que a proibição seja constitucional. Isto é, havendo uma maneira de reconhecer a constitucionalidade do dispositivo, parece uma saída pouco razoável presumir a inconstitucionalidade da norma.

No mesmo capítulo da lei de contravenções, existe a proibição de servir bebidas alcoólicas a quem já se encontre em estado de embriaguez, não tenha plena consciência das faculdades mentais ou está juridicamente proibida de frequentá-los. Por conta do potencial causador de dependência dos jogos de azar<sup>21</sup>, a melhor maneira de interpretar a proibição feita pelo dispositivo seria entendê-la como uma proteção à autonomia da vontade, valendo-se, para isso, da técnica legislativa de criação de um crime de perigo abstrato.

Por outro lado, o artigo 50 da lei de contravenções penais está inserido no capítulo das contravenções relativas à polícia de costumes, em que também existem proibições como se apresentar publicamente em estado de embriaguez<sup>22</sup>, importunar alguém<sup>23</sup>, entregar-se à

---

<sup>18</sup> GRECO, Luis. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

<sup>19</sup> A constitucionalidade do art. 50 do Decreto-Lei nº 3.688 de 1941 é discutida no RE 977.177/RS. Ainda não houve julgamento definitivo da matéria, mas esse procedimento, o próprio relator reconheceu a necessidade de se presumir a constitucionalidade do dispositivo em questão.

<sup>20</sup> Pensa-se aqui na interpretação construtiva proposta por Ronald Dworkin, adotando-se a ideia de proteção de bens jurídicos como fundamento do direito penal como a restrição com base na qual se pode entender a “melhor luz” da norma. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

<sup>21</sup> JABR, Ferris. *How the Brain Gets Addicted to Gambling*. Scientific American, 1 de nov. de 2013. Disponível em: <https://www.scientificamerican.com/article/how-the-brain-gets-addicted-to-gambling/>. Acesso em: 15 set 2018.

<sup>22</sup> Art. 62. Apresentar-se publicamente em estado de embriaguez, de modo que cause escândalo ou ponha em perigo a segurança própria ou alheia.

<sup>23</sup> Art. 65. Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável.

ociosidade sendo apto ao trabalho<sup>24</sup>. Assim, seria possível interpretar que objeto de proteção da norma é algum tipo de costume público. O próprio nome do título, “Das Contravenções Relativas À Polícia De Costumes”, dá a entender que a contravenção objetiva proteger o que se considera “bons costumes”.

Contudo, mesmo admitindo que a contravenção tem como objetivo proteger contra algum tipo de incômodo que a prática possa causar, a melhor forma de entender a regra ainda é como protetora dessa condição subjetiva individual na modalidade de perigo abstrato. Ou seja, qualquer que entendamos ser o objeto de proteção da norma, seria mais adequado, considerando o dever de intérprete em interpretar a norma sob a “melhor luz”<sup>25</sup> entendê-la como crime de perigo abstrato.

Caso, entretanto, admita-se que a contravenção protege a moralidade pública, o resultado lesivo ocorreria no Brasil. O tipo não faz qualquer menção à forma como a prática afeta a moralidade, mas, ao dispor “em local público ou acessível ao público” determina que a possibilidade de acesso é essencial para a tipicidade. Ou seja, é possível entender que o que causaria essa lesão não seria a mera existência do local em que ocorre o jogo, mas sim a possibilidade de acesso a ele. Por ser em meio virtual e não haver qualquer limitação de acesso, pouco importa se o sítio é hospedado na Costa Rica, no Brasil ou em qualquer outro país: a possibilidade de acesso existe no Brasil. O sítio eletrônico pode ser acessado por qualquer computador brasileiro com acesso a internet, o que nos permite concluir que a possibilidade de acesso ocorre em grau até maior que quando um jogo de azar ocorre fisicamente no país. Assim, a moralidade pública brasileira seria afetada no Brasil da mesma maneira que em um cenário tradicional.

#### **4.1.1.2. RESULTADO NATURALÍSTICO**

---

<sup>24</sup> Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita

<sup>25</sup> DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

Estabelecer ou explorar jogo de azar deve ser entendido como um crime de mera conduta, pois o tipo penal não exige um resultado naturalístico exterior à conduta. Por mais que seja possível defender que o estabelecimento de um jogo de azar cria efeitos no mundo exterior, pois está se dando início a um jogo, este efeito já decorre da própria conduta descrita no tipo.

Em um crime de resultado, como o homicídio, o resultado é temporalmente separado da conduta. Ou seja, em um momento há do disparo; em outro, a morte. Assim, como a conduta em questão não produz resultado independente, devemos entendê-la como um crime de simples atividade<sup>26</sup>.

#### **4.1.2. EXTRATERRITORIALIDADE**

Não há que se falar da aplicação extraterritorial da lei penal neste caso. Apesar de o art. 7º do Código Penal prever a possibilidade de sujeição à lei brasileira de crimes cometidos fora do território nacional, o art. 2º da lei de contravenções penais determina que ficam sujeitos à lei brasileira apenas as contravenções praticadas em território nacional. Para solucionar essa aparente antinomia, adota-se o princípio de que a lei específica afasta a lei genérica<sup>27</sup>. O Código Penal estabelece uma parte geral aplicável a todos os tipos de infrações penais, enquanto a lei de contravenções regula uma categoria mais específica de infrações: as contravenções penais. Como o delito analisado é previsto no art. 50 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, trata-se de uma contravenção penal. Assim, como essa regra mais específica restringe a aplicação da lei brasileira a eventuais contravenções que venham a ser praticadas fora do país, devemos adotar a regra mais específica e concluir pela impossibilidade de aplicação do instituto da extraterritorialidade.

---

<sup>26</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. Manual de Direito Penal: parte geral. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 56.

<sup>27</sup> DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 212.

### **4.1.3. CONCLUSÃO PARCIAL**

Portanto, por se tratar de um crime de mera conduta e perigo abstrato, a exigência de que o fato seja criminoso em ambos os países não faz sentido. Como não há resultado ocorrido na Costa Rica e as condutas de explorar e estabelecer são praticadas em território nacional<sup>28</sup>, não há mais a possibilidade de se falar em ubiquidade. A teoria permite que um fato seja criminoso em dois locais ao mesmo tempo, pois em um ocorre a conduta e em outro o resultado, mas, nesse caso, a conduta elementar do tipo é exercida em território nacional e a lesão ao bem jurídico ou resultado exterior à conduta sequer deve ser levada em conta para haver crime. Assim, apesar de não ser fato típico na Costa Rica, por toda a conduta ocorrer em território nacional, a lei brasileira seria aplicável no presente caso.

*Conclusão parcial: a lei brasileira é aplicável.*

## **4.2. TIPICIDADE**

Feita a análise preliminar, em que se pretendia apenas determinar a aplicabilidade da lei, devemos passar ao próximo tópico da estrutura de análise: a tipicidade. Ou seja, se a conduta praticada por Chico se amolda à descrita no tipo.

### **4.2.1. TIPICIDADE OBJETIVA**

A conduta típica é descrita no tipo penal da seguinte forma: “Estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele”. O tipo penal estabelece três elementares: deve haver um estabelecimento ou exploração, esse estabelecimento ou exploração deve ser de um jogo de azar e isso deve ocorrer em um local

---

<sup>28</sup> Como será desenvolvido no item 4.2.1.

público ou de acesso ao público. A quarta e última elementar é irrelevante, já que o texto legal cria, em um primeiro momento, o requisito de exigência de pagamento para entrada, para, a seguir, dispensá-lo.

Para a tipicidade, devemos analisar se as três elementares se deram no caso concreto. Entre a primeira e a terceira variável, temos o operador lógico “OU” em vez do operador “E”. Ou seja, basta que uma das duas possibilidades ocorra para que o pressuposto típico seja atendido. Se as três variáveis forem confirmadas, haverá tipicidade. Passemos, então, à análise desses pontos.

#### **4.2.1.1. ESTABELECEER OU EXPLORAR**

Apesar de não haver uma definição no próprio tipo, o verbo estabelecer é utilizado diversas vezes na legislação, como na própria Constituição Federal<sup>29</sup>, e é possível observar que o termo é utilizado em seu sentido habitual, de “criar, instituir, firmar”<sup>30</sup>.

Entendido o significado do núcleo do verbo, é preciso avaliar se a conduta de Chico poderia ser considerada “estabelecer”. Chico desenvolve serviço, tem a ideia de colocá-lo na *internet* e o administra. Idealizar o produto e programá-lo para consumidores pode ser considerado como dar início ou criar, dado que, nas duas acepções mais viáveis do termo, que

---

<sup>29</sup> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.;

Art. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento;

146-A. Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo;

<sup>30</sup> HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

seriam idealizar ou efetivamente materializar a ideia, podem ser considerados como estabelecer no sentido de criar.

Realizando o mesmo raciocínio, ausente a definição do termo na própria regra, consultamos a utilização do termo em outras áreas da legislação. O termo é amplamente utilizado na Constituição Federal<sup>31</sup>, geralmente ligado à utilização de recursos naturais. Pela leitura da Constituição, é possível entender que explorar significa obter algum tipo de benefício econômico proveniente de uma fonte de riqueza. Esse significado, de extrair lucro ou compensação material<sup>32</sup>, é o uso habitual do termo e parece fazer sentido ao ser aplicado ao tipo de exploração de jogo de azar, tendo em vista que a atividade desenvolvida no site tem como finalidade um proveito financeiro. A última etapa da conduta praticada por Chico, descrita no caso, é justamente receber o lucro proveniente do negócio criado, isso é dado da narrativa do caso. Assim, como Chico recebe todo o proveito econômico do site, é possível falar que há exploração.

Uma das duas hipóteses, estabelecer ou explorar, já seria suficiente para que essa elementar do tipo fosse preenchida. No presente caso, temos as duas. Assim, há, certamente, o primeiro dos três requisitos para a tipicidade objetiva, ou seja, a prática da conduta incriminada.

---

<sup>31</sup> Art. 21. Compete à União:

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

- a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;
- b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;
- c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;
- d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;
- e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;
- f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

<sup>32</sup> HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.



#### 4.2.1.2. JOGO DE AZAR

Conforme exposto, o site oferece dois jogos diferentes: pôquer e roleta. Como a conduta descrita no tipo é explorar jogo de azar, basta que um desses seja considerado jogo de azar para que, considerando que os outros requisitos sejam cumpridos, haja um crime.

Nesse caso, a própria legislação já fornece uma definição do termo. Portanto, com o significado positivado na própria norma, é desnecessário buscar os sentidos habituais do termo. A lei de contravenções penais, no art. 50, § 3º, dispõe que “consideram-se, jogos de azar: a) o jogo em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte; b) as apostas sobre corrida de cavalos fora de hipódromo ou de local onde sejam autorizadas; c) as apostas sobre qualquer outra competição esportiva”. Os jogos oferecidos no sítio eletrônico não poderiam se enquadrar nas hipóteses b) e c), já que não são apostas sobre cavalos ou esportes, mas jogos. Resta saber, então, se o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte.

No pôquer, há uma série de estratégias que permitem que o jogador “confie menos na sorte e se torne um expert que confie cada vez mais no *skill*”.<sup>33</sup> Essas estratégias incluem<sup>34</sup> saber ler e prever a reação do adversário, conhecer as probabilidades de cada mão das posições, blefar, ter noções de teoria dos jogos. Ou seja, há um grande número de variáveis no jogo que o tornam muito dependente na habilidade do jogador, não apenas em sorte. Portanto, não é possível falar que o Poker é um jogo que depende exclusiva ou predominantemente de sorte.

A roleta, por sua vez, é um jogo que depende inteiramente de sorte. Não há grande estratégia. O máximo que se pode fazer é escolher apostas com a maior probabilidade de retorno, mas, no fim, tudo depende do número em que a bola para no momento em que a roleta para de girar. Assim, a roleta depende exclusivamente de sorte para o ganho ou a perda.

Portando, considerando que, no *website* criado por Chico, é disponibilizada roleta, pode-se falar que se trata de jogo de azar e, assim, o segundo requisito está preenchido.

---

<sup>33</sup> SKLANSKY, David. *The Theory of Poker: A Professional Poker Player Teaches You How To Think Like One*. Two Plus Two Publishing; 4th edition. 1999.

<sup>34</sup> Idem; HANSEN, Gus. *Every Hand Revealed*. Citadel, 2008; CARO, Mike. *Caro's Book of Poker Tells: The Psychology and Body Language of Poker*. Cardoza, 2003.

#### 4.2.1.3. EM LOCAL PÚBLICO OU DE ACESSO AO PÚBLICO

Essa elementar, no caso analisado, é extremamente complicada. Até agora, no âmbito da tipicidade, todas as questões até então abordadas eram comuns a qualquer exploração de jogo de azar. Entretanto, o fato de se tratar de um sítio eletrônico, por se afastar da situação padrão, exige um esforço interpretativo maior. A existência de *hard cases* envolvendo a interpretação sobre o conceito de lugar não é inédita. Ao explicar o processo de subsunção, Engisch utiliza como exemplo a aplicação do conceito de lugar fechado no crime de furto com arrombamento<sup>35</sup>. Em um primeiro momento, o Tribunal do Reich entendeu que um carro não poderia ser considerado um lugar fechado, pois estes seriam as “partes delimitadas da superfície do solo ou da água”. Entretanto, em segunda subsunção, o Tribunal Federal entendeu que automóveis eram lugares fechados para efeito de caracterização do crime, pois considerou que o critério determinante era existência de barreiras que impedem a entrada de pessoas não autorizadas. No caso utilizado por Engisch, a difusão de uma nova tecnologia passou a permitir a existência de um lugar móvel, amplamente utilizado e passível de arrombamento, algo que era inconcebível anos antes.

Para realizar essa análise, serão utilizados os quatro métodos tradicionais de interpretação<sup>36</sup>: a interpretação gramatical, a interpretação sistemática, a interpretação histórica e a interpretação teleológica. Daremos preferência aos elementos gramatical e sistemático, pois nos parecem mais objetivos e, conseqüentemente, permitem uma solução com maior segurança jurídica.

Primeiramente, para realizar uma interpretação adequada do texto legal, devemos nos atentar para as orientações presentes na própria legislação, as regras sobre interpretação.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

<sup>36</sup> DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

<sup>37</sup> SGARBI, Adrian. *Introdução à teoria do direito*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

A Constituição Federal, no art. 5º, XXXIX, ao estabelecer que a lei penal é taxativa, afasta as possibilidades de interpretação extensiva e analógica<sup>38</sup>. De outro lado, a lei de introdução ao direito brasileiro<sup>39</sup> estabelece que, ao decidir, o juiz deve se atentar aos fins sociais a que ela se dirige. Portanto, a interpretação ideal para a norma deve ser aquela que melhor cumprir o objetivo a que ela mesma se destina desde que respeitado o limite do texto legal. A primeira etapa é, então, entender o limite interpretativo imposto pelo texto e, depois, analisando a norma de maneira estrutural, entender o objetivo que ela se propõe a cumprir para, então, adotar a interpretação adequada.

#### **4.2.1.3.1. SÍTIO ELETRÔNICO COMO LUGAR ACESSÍVEL AO PÚBLICO**

A primeira maneira, talvez mais intuitiva, de subsumir o caso à norma, seria pensar no sítio eletrônico como um local acessível ao público. O desafio de interpretar a situação dessa maneira é analisar se a taxatividade do direito penal permite a consideração de um âmbito virtual como um lugar.

##### **4.2.1.3.1.1. ANÁLISE GRAMATICAL**

Ao consultar a definição de lugar no dicionário<sup>40</sup>, vemos significados como “espaço próprio para determinado fim”<sup>41</sup>. A definição de lugar está muitas vezes ligada à definição de

---

<sup>38</sup> LEITE, Alaor. *Interpretação, Analogia e Sentido Literal Possível: O Exemplo da Apropriação Indébita de Valores ou Numerários (ou: Réquiem a Néelson Hungria)*. In: BUSATO, Paulo César (Org.); SÁ, Priscilla Placha(Org.); SCANDELARI, Gustavo Britta(Org.). *Perspectivas das ciências criminais : coletânea em homenagem aos 55 ano, de atuação profissional do Prof. René Ariel Dotti*. 1. ed.. Rio de Janeiro: LMJ. Mundo Juridico, 2016.

<sup>39</sup> Art. 5º do Decreto Lei nº 4.657/1942: Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

<sup>40</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. Ed. totalmente revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999

<sup>41</sup> Idem.

espaço. Esta palavra, por sua vez, tem duas definições que nos interessam: “distância, entre dois pontos, ou a área ou o volume entre limites determinados”<sup>42</sup> e “meio, âmbito que lembra o espaço material”<sup>43</sup>. Ou seja, lugar é uma porção de espaço e este pode ser tanto físico quanto algo que, de alguma forma, se assemelhe a local físico. Poderíamos percorrer o dicionário até o fim tentando entender o sentido de cada palavra, que é apenas postergado, mas nunca definido. Entretanto, para determinar o limite imposto pelo texto legal, basta entender como o termo é habitualmente utilizado.

Dito isso, cabe aqui fazer um breve esclarecimento sobre o uso do dicionário. É evidente que nem o Aurélio nem o Houaiss têm qualquer legitimidade democrática para determinar se uma conduta está dentro da descrição do tipo ou não. Entretanto, precisamos determinar o significado das palavras de alguma forma e entendemos que o dicionário pode ser uma fonte útil. Não se utiliza, aqui, o dicionário para determinar algum tipo de verdade absoluta sobre o significado das palavras, mas única e exclusivamente como uma referência fácil e sistematizada para se ter alguma indicação sobre o uso habitual do termo na linguagem.

Entender, nesse primeiro momento, o significado da palavra em seu uso cotidiano é essencial para delimitar o sentido literal possível. Como ensina Claus Roxin<sup>44</sup>, o texto legal nos oferece um marco de regulação que, posteriormente, é preenchido pelo juiz. O marco é delimitado pelo sentido literal possível na linguagem corrente do texto legal e o juiz deve efetuar a interpretação dentro desse marco, considerando, para isso, o significado literal mais próximo, a concepção do legislador histórico, o contexto-sistemático-legal, e a finalidade da lei.

Como o uso da palavra lugar, no sentido habitual, pode compreender tanto um local físico quanto um local que se assemelha ao material, ambos os resultados estariam dentro do limite imposto pelo texto. Conforme nos explica Schünemann<sup>45</sup>, os termos que delimitam o sentido literal possível possuem um núcleo e uma periferia. Segundo esse modelo do ovo estrelado, um

---

<sup>42</sup> Idem.

<sup>43</sup> Idem

<sup>44</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General* tomo 1. Fundamentos. La estructura da Teoria do Delito. Madrid: Civitas Ediciones, 2006. p. 148.

<sup>45</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *Espiral ou ovo estrelado? Modelos de aplicação do direito: do modelo hermenêutico ao modelo da filosofia analítica da linguagem*. In: GRECO, Luís (Coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 290.

acontecimento pode recair no núcleo do significado de um termo, na periferia, ou no resto do mundo. No primeiro, “estão abrangidos todos aqueles acontecimentos que qualquer usuário da linguagem cotidiana designaria através desse termo, espontaneamente e sem qualquer hesitação”<sup>46</sup>. No resto do mundo, estão aqueles acontecimentos em que qualquer um, de maneira igualmente espontânea, consideraria equivocada a aplicação do termo. Entre esses dois âmbitos, encontra-se a periferia do conceito, em que a aplicação do termo para aquele fato não é certa, mas também não pode ser considerada incorreta, pois depende de preferências e hábitos linguísticos.

Seguindo esse modelo, local físico estaria no núcleo do conceito de lugar, pois não se discute essa possibilidade interpretativa, enquanto o local que se assemelha ao físico estaria localizado na periferia, tendo em vista que esta interpretação tampouco é evidentemente equivocada. Isso significa que há certo grau de interpretação sobre a possibilidade de o lugar descrito no tipo penal poder ser um sítio eletrônico. De acordo com o autor, quando o fato se encontra na periferia do conceito, “em uma segunda etapa, através de uma subsequente interpretação da norma, a qual deve ser realizada com as regras de metodologia da ciência do direito, este non liquet deverá, se possível, ser solucionado, dando lugar a um juízo claramente positivo ou claramente negativo”<sup>47</sup>. Essa segunda etapa será realizada no próximo tópico. O central nesse primeiro momento era entender se a situação estava dentro do limite textual, ou, de acordo com o modelo visual de Schünemann, dentro do ovo. Como a distinção fundamental entre interpretação e analogia está no uso habitual do termo<sup>48</sup>, e um local não físico está dentro do uso habitual do termo lugar, a interpretação de que o *site* é um lugar estaria dentro do sentido possível do termo utilizado na norma.

Feita essa colocação de que o local não precisa ser necessariamente físico para estar dentro do limite imposto pelo termo “lugar”, resta saber se um sítio eletrônico poderia ser entendido como um espaço similar a um físico. A própria denominação, *websites* ou sítios

---

<sup>46</sup> Idem.

<sup>47</sup> Idem.

<sup>48</sup> LEITE, Alaor. *Interpretação, Analogia e Sentido Literal Possível: O Exemplo da Apropriação Indébita de Valores ou Numerários (ou: Réquiem a Néelson Hungria)*. In: BUSATO, Paulo César (Org.); SÁ, Priscilla Placha(Org.); SCANDELARI, Gustavo Britta(Org.). *Perspectivas das ciências criminais : coletânea em homenagem aos 55 ano, de atuação profissional do Prof. René Ariel Dotti*. 1. ed.. Rio de Janeiro: LMJ. Mundo Juridico, 2016. p. 258 e ss.

eletrônicos, já indica que se tratam de “lugares virtuais”. Assim, a própria etimologia da palavra nos indica que há semelhança com lugar material.

Uma importante discussão sobre o tema foi a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América sobre a aplicabilidade da primeira emenda à proibição de acesso a *websites* no caso *Packingham v. North Carolina*<sup>49</sup>, em que o tribunal julgou inconstitucional uma lei federal que proibia condenados por crimes sexuais de acessarem redes sociais na internet por entender que isso violaria a liberdade de expressão, prevista na primeira emenda. No julgamento, foi considerado que a internet é uma espécie de parque público da modernidade e o Estado não poderia restringir o acesso a esses locais.

No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a taxa do ECAD (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição) é aplicável a serviços de *streaming*<sup>50</sup>. Essa taxa é aplicável a execuções públicas de obras artísticas realizadas em locais de frequência coletiva. No julgamento, o Tribunal entendeu que as plataformas de *streaming* podem ser consideradas como locais de frequência coletiva e, portanto, devem recolher a taxa.

Quanto ao requisito de que o local seja público ou acessível ao público, a resposta é relativamente simples. Conforme exposto no problema, não há qualquer restrição à categoria de usuários que podem utilizar a plataforma. Basta ter um computador com acesso à internet que qualquer indivíduo pode acessar o sitio eletrônico. Assim, o local é acessível ao público.

A interpretação mais adequada, no caso, é aquela que respeite a determinação do art. 5º da lei de introdução que estabelece a preferência pela interpretação que melhor cumpra o objetivo da norma, ou seja, aquilo que o legislador pretendia ao redigi-la. Para isso, partindo-se do pressuposto de que a finalidade de qualquer norma penal é proteger um bem jurídico, temos que entender se o bem jurídico tutelado pela norma ainda é afetado quando a conduta é praticada por meio da internet. Nesse sentido, Daoun<sup>51</sup> nos explica que os delitos cometidos por meio da

---

<sup>49</sup> UNITED STATES, Supreme Court of the. *Packingham v. North Carolina*. Decidido em: 19 de jun de 2017.

<sup>50</sup> STJ, REsp: 1.559.264/RJ, Rel: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Data de Julgamento: 08/02/2017, , Data de Publicação: DJe 15/02/2017

<sup>51</sup> DAOUN, Alexandre Jean. *Crimes informáticos e o Papel do Direito Penal na Tecnologia da informação*. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.). *Direito & internet vol 2: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

internet são, em regra, os mesmos já presentes no ordenamento jurídico e afetam o mesmo bem jurídico, a diferença se dá apenas no *modus operandi* da infração.

#### 4.2.1.3.1.2. ANÁLISE TELEOLÓGICA/ESTRUTURAL

Feita a análise puramente gramatical, é preciso estudar a norma como um todo. É especialmente interessante o parágrafo segundo do art. 50, que estabelece a proibição da participação no jogo, ainda que pela internet<sup>52</sup>. Isso, a princípio, gera uma dúvida: por qual motivo apenas o parágrafo menciona a possibilidade de cometimento da infração por meio da internet, mas o *caput* não? Uma opção possível é a de que o legislador propositalmente optou por não incluir a palavra internet no *caput* para não criminalizar exploração de jogos de azar em meio virtual. Outra opção, igualmente possível, é que, para o legislador, já era evidente que a conduta de exploração ou estabelecimento não era permitida em nenhum meio e escrever isso só seria redundante. Por isso, ele não teria acrescentado a palavra internet no *caput*.

Analisar como foi proposta essa mudança legislativa não ajuda muito. Se a descrição da lei fosse algo claro como “atualizar a lei de contravenções para explicitar que todas elas podem ser cometidas em meio virtual”, nosso problema estaria resolvido. A alteração, contudo, é feita por meio da Lei nº 13.155 de 2015, que “Estabelece princípios e práticas de responsabilidade fiscal e financeira e de gestão transparente e democrática para entidades desportivas profissionais de futebol; institui parcelamentos especiais para recuperação de dívidas pela União, cria a Autoridade Pública de Governança do Futebol - APFUT; dispõe sobre a gestão temerária no âmbito das entidades desportivas profissionais; cria a Loteria Exclusiva - LOTEX”.

A lei foi criada por meio da conversão da medida provisória nº 671 de 2015. Esta tinha como finalidade instituir o Programa de Modernização da Gestão e de Responsabilidade Fiscal do Futebol Brasileiro e criar, como ilícito administrativo, a gestão temerária de entidades desportivas. Durante o processo de conversão da medida provisória, foi apresentado um projeto

---

<sup>52</sup> § 2º Incorre na pena de multa, de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), quem é encontrado a participar do jogo, ainda que pela internet ou por qualquer outro meio de comunicação, como ponteiro ou apostador.

de lei de conversão, que se tornou a Lei 13.155/15. A exposição de motivos diz respeito à medida provisória, que evidentemente dispunha sobre matéria penal. A alteração à lei de contravenções penais aparece de maneira um tanto quanto deslocada dentro do dispositivo. Por isso, analisar a criação dessa norma não dá muitas pistas sobre o objetivo da reforma.

Apesar de não ser possível determinar o motivo da inclusão no parágrafo e não no *caput*, a reforma dá uma informação importante. Ao explicitar que a participação como ponteiro ao apostador é proibida mesmo que praticada por meio da internet, a lei indica que o bem jurídico que se pretende proteger — seja direta ou indiretamente — ainda é afetado quando a participação no jogo ocorre de maneira virtual. Resta entender se essa violação ao bem jurídico protegido ocorre apenas com a participação ou se a conduta de Chico também o afetaria.

A consideração do bem jurídico na interpretação de leis penais é algo essencial. Schünemann<sup>53</sup>, ao formulá-lo como ponto de fuga, defende que este não é apenas um limitador constitucional da legislação penal, mas sim algo essencial para determinar a estrutura do delito e o “campo das ações afetadoras de bem jurídico compreendidas pelo tipo”<sup>54</sup>. Levar em conta o objeto de proteção da norma também ajuda a entender como a intenção inicial do legislador, ou o objetivo da norma, seria aplicada nos dias de hoje. Parece certo que a vontade inicial do legislador não era proibir jogos sediados em *websites*, já que na época da edição da norma (1941), sequer havia internet. Ao interpretar, devemos, entretanto, trazer essa intenção para os dias de hoje<sup>55</sup>. Considerar qual era o objeto de proteção da regra nos ajuda a trazer essa finalidade da norma à atualidade.

Conforme discutido no capítulo sobre territorialidade, há duas possibilidades quanto ao objeto de proteção da regra. Uma hipótese é a de que a regra protege a autonomia e o patrimônio individual, na modalidade de crime de perigo abstrato; a outra é de que a regra protege uma

---

<sup>53</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos*. In: GRECO, Luís (Coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

<sup>54</sup> Idem. p. 41

<sup>55</sup> Dworkin utiliza o exemplo de uma apresentação da peça “Mercador de Veneza”, de William Shakespeare. Para que a peça faça sentido, devemos adaptar algumas noções da época aos dias de hoje. De certa forma, a representação será uma ponte entre os dois períodos. DWORKIN, Ronald. *Law’s Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 53/54.



espécie de moralidade pública. De novo, respeitando o método adotado, devemos considerar ambas as hipóteses e verificar se estas levariam a um resultado diferente.

#### **4.2.1.3.1.2.1. MORALIDADE PÚBLICA**

Conforme explicado anteriormente, adota-se a presunção de constitucionalidade da norma, tendo em vista a possibilidade de entendê-la como protetora da autonomia individual e o ônus do interprete de enxergar a regra sob a “melhor luz”. Diante disso, existem duas possibilidades: ou a norma protege a autonomia e o patrimônio e justamente por isso fora recepcionada pela CF de 88, ou a Constituição permite leis penais protetoras de “falsos bens jurídicos”<sup>56</sup>. Caso seja adotado o primeiro entendimento, podemos passar ao próximo tópico e realizar a análise tendo convicção de que a regra protege o patrimônio e a autonomia. Caso contrário, devemos continuar a análise e verificar a que resultado essa hipótese levaria.

Ao atualizar a norma evidenciando que a participação pela internet ainda é punível, o legislador nos deixa claro que a moralidade pública que se pretende proteger ainda é afetada quando a atividade ocorre em meio virtual. Diante disso, temos duas possibilidades: ou a conduta por si só afeta o bem jurídico tutelado; ou ela permite que cassinos existam, e isso é o que afeta o bem jurídico. Adotada a primeira hipótese, parece claro que a criação do sitio virtual que oferece os jogos de azar afetaria o bem jurídico, tendo em vista que se trataria da própria criação daquilo que lesa o bem jurídico. No segundo caso, a situação é aparentemente mais complicada, pois se o potencial lesivo for da conduta em si, não seria possível fazer uma comparação. Entretanto, isso não é necessário. Já é dado que a conduta de explorar ou estabelecer tem potencial lesivo. A internet não altera isso. A única diferença que a prática da conduta por meio da internet traria é o alcance dela. Conforme colocado anteriormente, os delitos cometidos por meio da internet afetam

---

<sup>56</sup> GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 92 e ss.

o mesmo bem jurídico e a diferença se dá apenas no *modus operandi* da infração<sup>57</sup>. Como esse novo modo de cometer a infração ainda se amolda ao tipo, a possibilidade de ausência de tipicidade seria se a conduta, por correr por meio da internet, não afetasse o bem jurídico na mesma intensidade. Entretanto, a alteração legislativa demonstra que a conduta ainda tem alcance suficiente para lesá-lo.

#### 4.2.1.3.1.2.2. AUTONOMIA

A outra maneira de entender a proibição é como protetora do patrimônio e, principalmente, da autonomia. Para que essa seja a finalidade da norma, devemos entendê-la como infração penal de perigo abstrato. Ou seja, a criminalização de uma conduta independente do resultado lesivo. Nota-se que interpretar o tipo penal como protetor do patrimônio e da autonomia no lugar de uma moralidade pública não é algo de maneira alguma inédito. Bento de Faria, ex ministro do Supremo Tribunal Federal, ao escrever sobre o tema em 1958, apesar de não utilizar o conceito de bem-jurídico, coloca que o jogo “traduz a contribuição do vício para o vício: diminui gradativamente o patrimônio do rico para reduzi-lo à pobreza e transforma em miséria a situação de pobreza de quem vive do trabalho”<sup>58</sup>

Essa interpretação também seria justificável estruturalmente pois, no mesmo título, há duas contravenções penais relativas ao uso<sup>59</sup> e ao serviço<sup>60</sup> de bebidas alcoólicas. No primeiro

---

<sup>57</sup> DAOUN, Alexandre Jean. *Crimes informáticos e o Papel do Direito Penal na Tecnologia da informação*. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.). *Direito & internet vol 2: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

<sup>58</sup> FARIA, Antonio Bento de. *Das Contravenções Penais*. Rio de Janeiro: Distribuidora Récord Editora, 1958.

<sup>59</sup> Art. 62. Apresentar-se publicamente em estado de embriaguez, de modo que cause escândalo ou ponha em perigo a segurança própria ou alheia:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Parágrafo único. Se habitual a embriaguez, o contraventor é internado em casa de custódia e tratamento.

<sup>60</sup> Art. 63. Servir bebidas alcoólicas:

II – a quem se acha em estado de embriaguez;

III – a pessoa que o agente sabe sofrer das faculdades mentais;

IV – a pessoa que o agente sabe estar judicialmente proibida de frequentar lugares onde se consome bebida de tal natureza:

Pena – prisão simples, de dois meses a um ano, ou multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis.

caso, a lei trata sobre o uso de uma substância que causa dependência e, como consequência da embriaguez habitual, determina o tratamento. No segundo caso, a lei impede que se ofereça bebidas alcoólicas a indivíduos que estão juridicamente impedidos de consumir álcool ou que, por já estarem embriagados ou sofrem das faculdades mentais, não estão aptos a decidir livremente. Assim, a proibição referente a jogos de azar se encontra próxima a proibições referente a uma substância que causa dependência, o que indica que essa seja uma preocupação da lei.

Conforme explicado no item 4.1.1.1., essa é a posição adotada neste trabalho, tendo em vista que enxergar a norma como um crime de perigo abstrato é a maneira de tornar a regra a melhor possível dentro do que se entende como razoável justificativa para intervenção por meio do direito penal.

Entendendo a proibição assim, como protetora da autonomia dos indivíduos, o bem jurídico ainda seria afetado com a atividade ocorrendo por meio da internet. O que causa a dependência é o risco<sup>61</sup> e este ainda está presente pois é inerente à própria característica constitutiva de um jogo de azar: depender predominantemente de sorte. Assim, mesmo que o jogo de azar esteja situado em meio virtual, a conduta coloca em perigo o bem jurídico objeto da proteção.

#### **4.2.1.3.2. SITIO ELETRÔNICO COMO MEIO DE ACESSO**

Entretanto, pensar que próprio sítio eletrônico é um lugar acessível ao público é apenas uma das possíveis interpretações do problema. A outra alternativa é entender o *site* como meio de acesso ao lugar físico. A internet é apenas um meio de comunicação entre computadores<sup>62</sup> que armazenam seus dados em meio físico. O jogo de azar em questão nada mais é que uma

---

(O parágrafo primeiro era a proibição de servir bebida alcoólica a menor de dezoito anos, mas o inciso foi revogado pela Lei nº 13.106 de 2015, que criminaliza a prática).

<sup>61</sup> JABR, Ferris. *How the Brain Gets Addicted to Gambling*. Scientific American, 1 de nov. de 2013. Disponível em: <https://www.scientificamerican.com/article/how-the-brain-gets-addicted-to-gambling/>. Acesso em: 1 nov 2018.

<sup>62</sup> GOUVÊA, Sandra. *O direito na era digital: crimes praticados por meio da informática*. Rio de Janeiro: Mauad, 1997. p. 91.

sequência de linhas de código armazenadas no disco rígido de um computador. Assim, o sítio eletrônico não é algo totalmente imaterial. Por mais que muitas vezes tenhamos a impressão de que certas coisas ficam “na nuvem”, o sítio eletrônico é um arquivo armazenado em um *hard drive* físico de um computador. O computador em que os *websites* estão armazenados se chama servidor, enquanto os computadores que o acessam são denominados clientes<sup>63</sup>. A diferença entre esse computador e o utilizado para acessar o *website* é que o servidor está conectado diretamente à internet e seus arquivos podem ser acessados por meio de um endereço, a URL (*Uniform Resource Locator*)<sup>64</sup>.

Deste modo, podemos interpretar que o servidor, ou, mais especificamente, o hard drive do servidor em que está armazenado o sítio eletrônico, é o local físico e o *website* que visualizamos por meio de nosso browser é um meio de acesso a ele. O servidor é um local físico, portanto dentro do núcleo do conceito de lugar, ao passo que o endereço eletrônico e a interface de usuário garantiriam o requisito de acessível ao público, tendo em vista que a URL estaria indexada em sistemas de busca e poderia ser encontrada por qualquer potencial usuário.

Essa maneira de entender o problema não altera a análise já realizada sobre a territorialidade da infração. Por mais que, se entendermos o problema assim, o lugar acessível ao público esteja localizado na Costa Rica, esse local não é determinante para a territorialidade do delito. Conforme exposto no item 4.1, a territorialidade é determinada pelo local onde ocorre a conduta ou o resultado. A conduta de estabelecer ocorre quando o serviço é criado, enquanto a conduta de explorar ocorre com o recebimento dos lucros. Como ambas ocorrem no Brasil, a infração é cometida em território nacional. O resultado, conforme explicado, não é aplicável à infração em questão e, caso entendamos que seja, a moralidade deveria ser afetada no Brasil. Portanto, o local em que está sediado o jogo de nada influência na determinação de que a contravenção foi praticada em território nacional.

---

<sup>63</sup> GRALLA, Preston. *How the Internet Works*. Indianapolis: Que, 2006.

<sup>64</sup> Idem

#### 4.2.1.4. CONCLUSÃO PARCIAL

Tendo em vista que , conforme explicitado por meio de uma alteração legislativa, o objeto de proteção da norma, seja ele qual for, é afetado quando a atividade ocorre por intermédio da internet, a interpretação que tornaria a norma mais adequada para cumprir os fins aos quais ela se propõe seria a interpretação de que a exploração ou estabelecimento de jogo de azar em meio virtual é proibida pelo art. 50 da Lei de Contravenções Penais

Essa interpretação é possível mesmo tendo em vista a absoluta taxatividade do direito penal. De um lado, considerando-se que um dos usos possíveis para a expressão lugar é a algo que se assemelhe a local físico e a própria ideia de um sítio eletrônico é criar um espaço virtual, a consideração do *website* como lugar acessível ao público estaria dentro do limite imposto pelo texto legal. Por outro lado, entendendo que o sítio eletrônico é apenas um meio de acesso ao servidor em que o *site* está armazenado e este é indiscutivelmente um local físico, a exploração também se daria em local acessível ao público.

*Conclusão parcial: há tipicidade objetiva.*

#### 4.2.2. TIPICIDADE SUBJETIVA

O Código Penal determina que o crime é considerado doloso “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”<sup>65</sup>. Entretanto, como já discutido, a contravenção aqui discutida não pressupõe um resultado e este não ocorre. Portanto, não faria sentido discutir se havia vontade ou assunção do risco de se produzi-lo. Temos que tratar, então, com uma vontade ou assunção do risco de realizar a própria conduta descrita no tipo penal. Como o elemento

---

<sup>65</sup> Art. 18 - Diz-se o crime:

**Crime doloso**

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

cognitivo forma o pressuposto mínimo do dolo (cf. art. 20, *caput*, CP),<sup>66</sup> para que haja tipicidade subjetiva, nosso agente deveria conhecer todos elementos da conduta praticada para que haja tipicidade.

Todas as elementares do tipo aqui discutidas, até a definição de jogo de azar, estão sendo utilizadas na acepção habitual do termo. Assim, parece seguro concluir que havia conhecimento de todos os elementos essenciais do tipo penal quando Chico praticou a conduta.

Como Chico sabia que estava explorando um jogo de azar em site acessível ao público, há dolo.

*Conclusão parcial: há tipicidade subjetiva*

#### **4.3. ANTIJURIDICIDADE**

As causas de exclusão de ilicitude estão dispostas no art. 23 do Código Penal<sup>67</sup> e o presente caso não indica a incidência de nenhuma delas

*Conclusão parcial: há ilicitude.*

#### **4.4. CULPABILIDADE**

---

<sup>66</sup> VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

<sup>67</sup> Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

O art. 21 do Código Penal determina “que o desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço”. Como nos ensina Alaor Leite, existem três critérios que nos orientam quanto à dúvida sobre a proibição: “o grau de plausibilidade jurídica da dúvida, a necessidade de atuar nos limites da dúvida e o cumprimento de um dever de informação”<sup>68</sup>

No caso em questão, considerando-se que Chico obteve uma licença para operar na Costa Rica e o conhecimento sobre a ilicitude do fato envolve questões um tanto quanto complexas sobre territorialidade do crime, parece plausível um erro sobre o caráter injusto da conduta. Além disso há uma certa crença de que a internet é um espaço com maior liberdade<sup>69</sup>. Esse caso é um exemplo daquilo que Cirino coloca como exceção, em que o conhecimento do injusto depende de informações especializadas como consulta a profissionais da área<sup>70</sup>. Assim, há plausibilidade jurídica da dúvida.

Entretanto, há um certo consenso sobre a possibilidade de agir de outra maneira como fator determinante da culpabilidade<sup>71</sup>. Especificamente no caso do erro de proibição, há um “ônus de tomar conhecimento sobre se própria conduta está em consonância com o ordenamento jurídico”<sup>72</sup>. Assim, o fator determinante para determinar a evitabilidade do erro de Chico é entender se ele agiu para conhecer a ilicitude da conduta. Como explica Alaor Leite, para avaliar a evitabilidade, é preciso fazer a seguinte pergunta hipotética: “embora ausente nesse caso, era possível àquele agente concreto, através da reflexão e informação, atingir o que se define por consciência do injusto?”<sup>73</sup> Quando aos outros dois critérios, a narrativa não descreve qualquer esforço de Chico para tomar consciência da licitude da atividade. Assim, é impossível falar em atuação nos limites da informação recebida<sup>74</sup>. A obtenção da informação por meio de um parecer

---

<sup>68</sup> LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 152.

<sup>69</sup> DAOUN, Alexandre Jean; BLUM, Renato M. S. Opice. *Cybercrimes*. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.). *Direito & internet: aspectos jurídicos relevantes*. Bauru: Edipro, 2000. p. 118.

<sup>70</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 167.

<sup>71</sup> CÓRDOBA, Fernando Jorge. *La evitabilidad del error de prohibicion*. Madrid: Marcial Pons, 2012. 33 e ss.

<sup>72</sup> CÓRDOBA, Fernando Jorge. *La evitabilidad del error de prohibicion*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 154.

<sup>73</sup> LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 144.

<sup>74</sup> Conforme explica o autor, o segundo critério diz respeito a uma atuação nos limites da informação recebida pelo sujeito. Ou seja, alguém que recebe informações sobre um aspecto específico da conduta não pode atuar para além dele. Nesse ponto, Alaor Leite realiza uma comparação entre as informações técnicas obtidas e uma ordem para agir

jurídico seria uma maneira efetiva de obter essa informação, tendo em vista que orientação de advogados ou profissionais do direito é um fundamento para o erro de proibição inevitável<sup>75</sup>. Portanto, como Chico não agiu para tomar conhecimento sobre o caráter injusto da conduta, o erro de proibição não era inevitável. A complexidade da questão, por outro lado, demanda a obtenção de informações especializadas, por isso parece seguro falar que, sem elas, Chico agiu em erro sobre a ilicitude do fato. Deste modo, entende-se que Chico agiu com desconhecimento do caráter ilícito da conduta, mas não tomou as medidas necessárias para obtê-lo.

A matéria aqui discutida é complexa. A ilicitude da conduta envolve questões um tanto quanto complexas sobre territorialidade e hermenêutica. Entretanto, em casos assim, há um dever, ou, de acordo com Córdoba<sup>76</sup>, um ônus, de buscar a informação. Chico não respeitou essa posição jurídica imposta e não buscou a informação necessária para disponibilizar o sítio eletrônico. De maneira clara: “a situação juridicamente duvidosa não instaura um vale-tudo jurídico, não representa um salvo-conduto genérico para praticar fatos de duvidosa licitude”<sup>77</sup>.

*Conclusão parcial: há culpabilidade, com possível redução de pena.*

---

de um superior hierárquico. Em LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal*. São Paulo: Atlas, 2013

<sup>75</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 168.

<sup>76</sup> CÓRDOBA, Fernando Jorge. *La evitabilidad del error de prohibicion*. Madrid: Marcial Pons, 2012

<sup>77</sup> LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 155.



## 5. CONCLUSÃO

O resultado obtido na análise aqui apresentada foi contrário ao que era esperado nas primeiras conversas sobre o tema. Apesar da evidente dúvida, que levou à realização do trabalho, impressão inicial dos envolvidos na escolha do tema era de que, por ser localizada em um país em que o jogo de azar em meio eletrônico é permitido, a conduta de Chico não seria punível no Brasil. Entretanto, ao estudar o caso, pudemos observar que a territorialidade é determinada pelo local em que ocorre a conduta e a conduta descrita no artigo 50 da lei de contravenções penais não considera o local em que efetivamente ocorre o jogo de azar, mas apenas ao local em que se extraem os lucros ou que se dá início à atividade.

Do mesmo modo, percebemos que o tipo abarca a situação em que a atividade ocorre em meio virtual. Uma alternativa é pensar no *website* como um meio de acesso ao lugar físico em que o jogo efetivamente está sendo processado — um “ponto de encontro” entre as comunicações de todos os usuários da plataforma; outra é entender que o próprio sítio eletrônico como um lugar acessível ao público, o que acompanha a tendência de equiparação que pudemos ver em decisões sobre liberdade de expressão ou cobrança de taxa por direitos autorais. Em ambas as ocasiões, a conduta estaria amoldada ao tipo.

Outra questão interessante sobre o tema seria a conduta de Pablo e em que medida este é punível pela participação na conduta de Chico. Entretanto, por um recorte temático, optamos por não explorar essa questão — que talvez seja objeto de um futuro trabalho — e focar na análise da conduta de Chico. Afinal, considerando que “o injusto da participação submete-se ao injusto da ação principal”<sup>78</sup>, o primeiro passo para entender se Pablo seria punível é analisar o caráter injusto da conduta principal.

A grande dificuldade na realização do trabalho foi a escassez de literatura tratando sobre os problemas aqui discutidos e o fato de muito da bibliografia mais teoria sobre interpretação e

---

<sup>78</sup> GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano, Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no direito penal brasileiro. In: GRECO, Luís. et al. Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 65.

bem jurídico estar disponível apenas em língua alemã. Tanto a bibliografia sobre direito penal e tecnologia quanto a bibliografia sobre contravenções penais é escassa. No primeiro caso, talvez por ser um tema ainda emergente, a literatura existente se ocupa em mapear as dificuldades do tema e discutir esforços legislativos de regulamentação. No segundo, a bibliografia é antiga e muitas vezes questões relevantes como determinação do bem jurídico objeto de proteção da norma ou a caracterização do crime como de perigo abstrato, perigo concreto ou crime de lesão sequer aparecem.

De qualquer forma, entendemos que o trabalho foi útil para localizar as maiores dificuldades de aplicação da norma e trazer alguma luz sobre a questão que nos permitirá analisar casos similares.

## 6. REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. *A criminalidade informática*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- CARO, Mike. *Caro's Book of Poker Tells: The Psychology and Body Language of Poker*. Cardoza, 2003.
- CÓRDOBA, Fernando Jorge. *La evitabilidad del error de prohibicion*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- COSTA, Fernando José da. *Locus delicti nos crimes informáticos*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.
- DAOUN, Alexandre Jean; BLUM, Renato M. S. Opice. *Cybercrimes*. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.). *Direito & internet: aspectos jurídicos relevantes*. Bauru: Edipro, 2000.
- DAOUN, Alexandre Jean. *Crimes informáticos e o Papel do Direito Penal na Tecnologia da informação*. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.). *Direito & internet vol 2: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.
- DUESBERG, Erik. *Der Tatbegriff in §§ 3 und 9 Abs. 1 StGB: Erkenntnisse aus einer Analyse der Anwendbarkeit deutschen Glücksspielstrafrechts auf virtuelle Offshore-Glücksspielangebote*. Berlin : Duncker & Humblot, 2016.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FARIA, Antonio Bento de. *Das Contravenções Penais*. Rio de Janeiro: Distribuidora Récord Editora, 1958.

GOUVÊA, Sandra. *O direito na era digital: crimes praticados por meio da informática*. Rio de Janeiro: Mauad, 1997.

GRECO, Luis. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano, Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no direito penal brasileiro. In: GRECO, Luís. et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

HANSEN, Gus. *Every Hand Revealed*. Citadel, 2008.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1984

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General: fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JABR, Ferris. *How the Brain Gets Addicted to Gambling*. Scientific American, 1 de nov. de 2013. Disponível em: <https://www.scientificamerican.com/article/how-the-brain-gets-addicted-to-gambling/>. Acesso em: 15 set 2018.

LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

LEITE, Alaor. *Interpretação, Analogia e Sentido Literal Possível: O Exemplo da Apropriação Indébita de Valores ou Numerários (ou: Réquiem a Néelson Hungria)*. In: BUSATO, Paulo César (Org.); SÁ, Priscilla Placha(Org.); SCANDELARI, Gustavo Britta(Org.). *Perspectivas das ciências criminais : coletânea em homenagem aos 55 anos, de atuação profissional do Prof. René Ariel Dotti*. 1. ed.. Rio de Janeiro: LMJ. Mundo Juridico, 2016.

MARMOR, Andrei. *Law and interpretation: Essays in Legal Philosophy*. New York: Oxford University Press, 2006.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Humano, demasiado humano: um livro para espíritos livres*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *Metodologia jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. *Informática, telemática e Direito Penal*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General tomo 1. Fundamentos. La estructura da Teoria do Delito*. Madrid: Civitas Ediciones, 2006

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Espiral ou ovo estrelado? Modelos de aplicação do direito: do modelo hermenêutico ao modelo da filosofia analítica da linguagem*. In: GRECO, Luís (Coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 290.

SCHÜNEMANN, Bernd. *O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos*. In: GRECO, Luís (Coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SGARBI, Adrian. *Introdução à teoria do direito*. Madrid: Marcial Pons, 2013

SKLANSKY, David. *The Theory of Poker: A Professional Poker Player Teaches You How To Think Like One*. Two Plus Two Publishing; 4th edition. 1999.

UNITED STATES, Supreme Court of the. *Packingham v. North Carolina*. Decidido em: 19 de jun de 2017.

VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. 1<sup>a</sup> ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

VIANNA, Túlio Lima. *Fundamentos de direito penal informático: do acesso não autorizado a sistema computacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.