

DE CONTRAVENTORES A
CONTRABANDISTAS: UMA NECESSÁRIA
REFORMULAÇÃO DOS ENQUADRAMENTOS
JURÍDICOS NOS CASOS DE EXPLORAÇÃO
DE MÁQUINA CAÇA-NÍQUEL

Carolina Soares Castelliano Lucena de Castro

Vinicius Bichara Darrieux

*FROM MISDEMEANOR TO SMUGGLING: A NECESSARY
REFORMULATION OF THE LEGAL FRAMEWORK IN
CASES OF SLOT MACHINE EXPLOITATION*

DE CONTRAVENTORES A CONTRABANDISTAS: UMA NECESSÁRIA REFORMULAÇÃO DOS ENQUADRAMENTOS JURÍDICOS NOS CASOS DE EXPLORAÇÃO DE MÁQUINA CAÇA-NÍQUEL

*FROM MISDEMEANOR TO SMUGGLING: A NECESSARY REFORMULATION OF THE LEGAL FRAMEWORK IN
CASES OF SLOT MACHINE EXPLOITATION*

Carolina Soares Castelliano Lucena de Castro

*(Pós-Graduanda em Direito Administrativo pela Universidade Federal
Fluminense. Defensora Pública Federal no Rio de Janeiro).*

Vinicius Bichara Darrieux

*(Bacharelado em Direito pela Universidade Federal Fluminense.
Estagiário na Defensoria Pública da União no Rio de Janeiro).*

RESUMO

Vem se observando nos últimos anos uma mudança no tratamento dispensado pelos órgãos de persecução penal aos casos de apreensão de máquinas caça-níqueis em estabelecimentos comerciais modestos. Isso porque, em momento pretérito, os proprietários de tais comércios eram indiciados e denunciados pela contravenção da exploração do jogo de azar, ou, quando muito, por crime contra a economia popular, sendo que, atualmente, são presos em flagrante, indiciados e denunciados pelo crime de contrabando, com escala penal consideravelmente mais severa. A mudança de postura atende, na verdade, a uma política criminal encampada pelo Estado, que acredita estar combatendo a criminalidade dessa forma, e vem sendo endossada pelo Poder Judiciário, em que pese todos os obstáculos que tornam de difícil enquadramento a conduta do dono do bar no delito do contrabando. Uma análise acerca de tais obstáculos torna-se necessária, com a esperança de se fomentar uma mudança de entendimento em nossos Tribunais que inevitavelmente refletiria em modificação na condução dessa desastrada política criminal.

Palavras-chave: Máquina Caça- Níquel. Contrabando. Política Criminal.

ABSTRACT

In recent years it has been noticed a change in the treatment given by the criminal persecution entities in cases of slot machine seizures at low income shops. In past times, the owners of such shops were accused for the misdemeanor of gambling exploitation, or charged with a criminal offense against the popular economy, while nowadays they are arrested in flagrante delicto, indicted and charged with committing the crime of smuggling, subject to considerably stricter punishment. This change of attitude is actually a result of a criminal policy adopted by the State, which believes that it is fighting crime this way, endorsed by the Judiciary, in spite of all the obstacles that makes it difficult to define the acts of the shop owner as the actus reus of smuggling. An analysis of these obstacles is needed in order to encourage a change of the case law, which certainly would result in the change of the above mentioned disastrous criminal policy.

Keywords: Slot machines. Smuggling. Criminal Policy.

Data de submissão: 26/02/2015.

Data de aceitação: 09/07/2015.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 PELA NECESSÁRIA ABSORÇÃO DO DELITO DE CONTRABANDO. 3 A AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL PARA A IMPORTAÇÃO DE COMPONENTES ELETRÔNICOS DA MÁQUINA CAÇA-NÍQUEL. 4 ORIGEM ESTRANGEIRA DOS COMPONENTES ELETRÔNICOS E SUA COMUMENTE INDEMONSTRABILIDADE. 5 A CONSTRUÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO PARA ATENDIMENTO DE UMA POLÍTICA CRIMINAL. 6 OS CASOS DE COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL E A INDIFERENÇA PELA REALIDADE. 7 CONCLUSÃO.

1. INTRODUÇÃO

Em que pese a exploração de jogo de azar ser vedada em território nacional desde a década de 1940, observou-se nos últimos tempos a maciça presença de máquinas caça-níqueis em estabelecimentos comerciais espalhados pelas cidades de nosso país.

Com efeito, a obtenção de vantagem através de jogo eletrônico de azar será considerada crime contra a economia popular, com previsão no art. 2º, inciso IX da Lei nº 1.521/1951, quando comprovado a utilização de processos fraudulentos em seu mecanismo de funcionamento, ou será considerada exploração de jogo de azar, com previsão no art. 50 do Decreto-Lei nº 3.688/1941, que fica caracterizado quando a chance de ganhar depende exclusivamente da sorte do jogador.

Registre-se que o crime de obtenção de ganhos ilícitos contra a economia popular possui pena de detenção variável entre 06 (seis) meses a 02 (dois) anos, sendo ue a contravenção de exploração de jogo de azar no Brasil possui pena de prisão simples que varia de 03 (três) meses a 01 (um) ano.

Não obstante tal conduta já encontrar tipos penais correspondentes com o fito de coibi-la, fato é que ultimamente há um grande esforço por parte das autoridades encarregadas da persecução penal em enquadrar a ação de se manter/utilizar máquinas caça-níqueis em estabelecimento comercial ao tipo penal do contrabando, com pena variável de 02 a 05 anos de reclusão.¹

¹ Art. 334-A. Importar ou exportar mercadoria proibida:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem:

I - pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando;

II - importa ou exporta clandestinamente mercadoria que dependa de registro, análise ou autorização de órgão público competente;

III - reinsere no território nacional mercadoria brasileira destinada à exportação;

IV - vende, expõe à venda, **mantém em depósito** ou, de qualquer forma, **utiliza** em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira;

V - adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira.

§ 2º - Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências. (grifo nosso)

Verifica-se que o noticiário² fomenta o estigma dos delitos dessa natureza associando-os a grandes organizações criminosas, as quais se manteriam graças à corrupção e conivências de agentes estatais, praticando delitos outros.

De acordo com a visão dos órgãos de persecução penal, os tipos penais previstos na Lei de Contravenções e Lei de Crimes contra a Economia Popular não possuiriam uma escala coercitiva larga o suficiente para infligir temor àqueles verdadeiramente responsáveis pela exploração dessa atividade criminosa, haja vista o aparato de poder mantido pelos mesmos, que possuiriam muitas ramificações

No entanto, o que não se pode admitir é que a proibição de certa prática se faça por vias transversas, à revelia de princípios basilares do Direito Penal, como o da legalidade, através da tentativa de enquadramento, quase que à fórceps, da conduta de exploração de jogo de azar, ou lesão à economia popular, em tipo penal diverso, pelo único motivo deste possuir escala coercitiva mais severa.

Até porque, não se pode perder de vista que, no final das contas, quem está sendo responsabilizado por essa tentativa de se construir uma nova figura penal, à revelia daquela já existente na Lei de Contravenções e Lei de Crimes Contra a Economia Popular, é o sujeito pobre, sem qualquer instrução e em situação de extrema vulnerabilidade que possui pequeno e modesto estabelecimento comercial para subsistência própria e de sua família.

Portanto, essa adaptação forçada de uma conduta, que já encontra tipificação legal, a um tipo penal mais gravoso, faz parte de uma política criminal dos órgãos policiais e de acusação, de coibir, transversalmente, a exploração de jogo de azar por parte de grupos criminosos que operam livremente por nosso país.

Exemplo de flagrante quadro resta materializado em declaração proferida pela ex-Chefe da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, Martha Rocha, que recém empossada naquele cargo afirmou:

hoje faz um mês que eu fui convidada para ser chefe da Polícia Civil, e eu venho me detendo no estudo dessa matéria. Percebemos que era

² Nesse sentido: http://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2012/03/01/interna_nacional,280787/chefe-de-mafia-de-caca-niqueis-comandava-ate-delegados-da-policia-federal.shtml.

possível autuar o comerciante e queremos alertar àqueles que têm em seu bar ou na sua lanchonete uma máquina caça-níquel ou bingo que estão incorrendo no art. 334 do Código Penal.³

Nota-se, em tal declaração, a elaboração de espécie de modulação típica, na qual uma atitude exclusivamente teleológica por parte dos órgãos de persecução penal busca soluções a partir da exegese das próprias normas sem se atender à realidade social.⁴

Conforme lição de Zaffaroni e Batista, não é possível ignorar que:

a funcionalidade, entendida como efeito político dos conceitos jurídicos-penais, é um dado **ôntico** que existe, percebamos ou não,” sendo que “no momento de reconhecer e proclamar que os conceitos jurídicos-penais têm funcionalidade política (dado **ôntico**), e logo de assumir a tarefa de incorporar tal dado (tal funcionalidade) para dotá-lo (a) de intencionalidade (construção teleológica), não podemos cair em nenhuma daquelas posições extremadas⁵

Na situação ora analisada, a posição extremada seria justamente a ultrapassagem forçada de obstáculos que em tese impediriam a coadunação da conduta de manter/utilizar máquina caça-níquel em estabelecimento comercial ao tipo penal de contrabando, conforme restará demonstrado no curso desse estudo.

O mais preocupante é o fato dessa política criminal completamente equivocada e infrutífera ser confirmada e endossada pelo Poder Judiciário, uma vez que a jurisprudência de nossos Tribunais vem se consolidando na condenação dos donos de estabelecimentos comerciais pelo cometimento do crime de contrabando, ao manterem/utilizarem máquinas caça-níqueis em seus comércios.

Nesse espeque, o exercício da defesa desses indivíduos se torna tarefa hercúlea, podendo-

³ Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2011/03/15/donos-de-caca-niqueis-poderao-ser-presos-por-contrabando-diz-nova-chefe-da-policia-do-rio.htm>.

⁴ FERRAZ JÚNIOR SAMPAIO, 1985 apud ZAFFARONNI; BATISTA; ALAGAGIA; SLOKAR, 2010, p.57.

⁵ ZAFFARONNI; BATISTA; ALAGAGIA; SLOKAR, 2010, pp.58-59.

se citar, por exemplo, a larga utilização da Súmula nº 7⁶ do Superior Tribunal de Justiça, a qual impede que se adentre ao mérito da questão, impossibilitando a reforma dos acórdãos.⁷

Assim, diante de tal cenário, faz-se necessária uma análise dos principais óbices que impedem a condenação de donos de estabelecimento comerciais em função do crime de contrabando por manterem/utilizarem máquinas caça-níqueis em tais locais, a fim de demonstrar o quão urgente e necessária se faz uma mudança tanto na condução da política criminal pelos órgãos responsáveis, como pela postura de entendimento do nosso Judiciário.

2. PELA NECESSÁRIA ABSORÇÃO DO DELITO DE CONTRABANDO

O primeiro ponto a ser abordado não poderia deixar de ser a necessária e indubitável absorção existente entre a contravenção de exploração de jogo de azar, ou crime contra a economia popular, e o delito de contrabando.

Nesse sentido, o que não se pode ignorar é que a verdadeira atividade fim que se pretende coibir é a exploração de jogo de azar, prática delitativa que retroalimenta toda uma intrincada rede de ilícitos e que somente funciona de forma extremamente lucrativa em nosso país graças à omissão, e não raramente, conivência, das mais diversas instâncias estatais.

Merece atenção o fato de as máquinas caça-níqueis possuírem em seu interior componentes eletrônicos, sobretudo o noteiro e placa-mãe, comumente fabricados no exterior que, a

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 07. A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&cb=SUMU&p=true&t=&l=10&i=535>.

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 1383034 RS, Relator: DE ASSIS MOURA, Maria Thereza, Publicado no DJe de 17/12/2014; Agravo Regimental no Recurso Especial 1224055 ES, Relator: MARANHO, Min. Ericson, Publicado no de 11/12/2014; Agravo Regimental no Recurso Especial 1274673 RJ, Rel. SCHIETTI, Rogério Cruz, Publicado no DJe: 17/11/2014, disponíveis em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=ca%E7a+e+n%EDquel+e+contrabando&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO. Acesso em: 15 fev. 2014.

princípio, teriam sua importação vedada ao território nacional.

No entanto, o contraventor efetua a importação dessa mercadoria com um único e exclusivo intuito: explorar o jogo de azar, não subsistindo qualquer outro motivo para tal importação, sequer para fins comerciais.

Resta claro que as condutas de importar, utilizar ou manter em depósito as máquinas caça-níqueis deveriam necessariamente ser absorvidas pela contravenção do jogo de azar, ou crime contra a economia popular, por ser verdadeiro objetivo daquelas condutas, isto é, o **crime fim**.

Como bem ensina o doutrinador Rogério Greco “a Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo delito de contrabando ou descaminho”⁸, sendo que a importação dos componentes não possui qualquer relevância apta a configurar a prática de contrabando, uma vez que a lesividade ao bem jurídico no caso ocorre na obtenção de lucro fácil pela exploração do jogo de azar ou utilização de fraudes no mecanismo das máquinas em detrimento da coletividade.

Entretanto, não é esse o entendimento geralmente adotado por nossos Tribunais⁹. Exemplo disso resta presente em posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que uma vez comprovada a origem estrangeira dos componentes, bem como a ciência do acusado no tocante à introdução clandestina do produto no país, é possível a adequação típica ao delito de contrabando, de competência da justiça federal¹⁰, não havendo que se falar em absorção.

O argumento utilizado para se refutar o reconhecimento da absorção é de que o crime mais grave (no caso o contrabando) não poderia ser absorvido pela contravenção do jogo

⁸ GRECO, 2013, p. 1027.

⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Recurso em Sentido Estrito nº 7113, Relator FONTES, Paulo, Publicado no e-DJF3: 10/12/2014. <http://www.trf3.jus.br/NXT/Gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=trf3e:trf3ve>. Acesso em: 15. Fev.2014.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial 1329328 ES, Relator BELLIEZZE, Marco Aurélio, Publicado no DJe: 30/05/2014; Agravo Regimental no Recurso Especial 1206106 ES, Relator BELIEZZE, Marco Aurélio, Publicado no DJe: 02/05/2014. Disponíveis em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=ca%E7a+e+n%EDquel+e+contrabando&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO. Acesso em: 15 fev. 2014.

de azar ou delito mais brando contra a economia popular.¹¹

Entretanto, a aplicação da regra da consunção, nesse caso, mais adequada para a resolução do conflito aparente de normas, não deve se basear em critérios matemáticos, como as penas cominadas aos tipos penais, mas sim buscar avaliar o *iter criminis* percorrido pelo autor do fato.

Exemplo de como esse critério matemático pode ser falho, ou relativizado quando convém ao Judiciário, ocorre nos casos de absorção do crime de uso de documento público falso pelo estelionato, considerando que aquele delito possui pena mais gravosa do que esse último.¹²

Nota-se, dessa forma, que as decisões de nossos Tribunais defendendo a existência de infrações distintas e autônomas, quando resta evidente a existência de apenas uma, confirma a lição de Zaffaroni de que “a análise da tipicidade, ou seja, da adequação da conduta ao tipo, não é puramente descritiva, mas também essencialmente valorativa”¹³, uma vez que tal análise certamente resta influenciada pela política criminal encampada e estimulada pelo aparato estatal.

3. A AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL PARA A IMPORTAÇÃO DE COMPONENTES ELETRÔNICOS DA MÁQUINA CAÇA-NÍQUEL

O enquadramento da conduta de importar placas/peças que virão a integrar máquinas caça-níqueis ao tipo penal de contrabando torna-se também inviável diante da ausência de vedação legal para a entrada em território nacional de tais componentes, já que apenas a importação da máquina como um todo é proibida.

É dizer que, frente ao contexto fático aqui delineado, se faz de fácil depreensão aos órgãos

¹¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. ACR nº 000790-64.2009.4.03.6117, Relator Juiz Convocado Rubens Calixto, Julgamento: 02/12/2013. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/3422634>. Acesso em: 15 jul.2015.

¹² Súmula nº 17 do STJ.

¹³ ZAFFARONNI; BATISTA; ALAGAGIA; SLOKAR p.27.

de perseguição e ao Poder Judiciário, que essas máquinas são montadas clandestinamente em território pátrio através da utilização de peças importadas ou de fabricação nacional, na medida em que a importação das máquinas seria demasiadamente arriscada e onerosa para os grupos criminosos que se dedicam à exploração do jogo de azar.

A grande celeuma quanto à vedação da importação decorre do fato de que a Portaria nº 14 de 17/11/2004 da Secretaria de Comércio Exterior/SECEX¹⁴ vedava, expressamente, a importação tanto das máquinas caça-níqueis, quanto de seus componentes eletrônicos.

Contudo, a Portaria nº 35 de 24/11/2006, também da Secretaria de Comércio Exterior/SECEX, com a redação posteriormente repetida na Portaria nº 36 de 2007¹⁵, não reproduziu o texto anterior, nada aduzindo quanto à impossibilidade de importação dos componentes eletrônicos.

Apesar da patente ausência de vedação legal para a importação dos componentes eletrônicos, a 1ª Seção Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em julgado paradigmático, decidiu que “a simples exclusão da referida alínea ‘a’ da portaria SECEX nº 35/2006 em nada aboliu a proibição de que se importasse placas-mães e ‘noteiros’, como os que foram apreendidos.”¹⁶

Isso porque, ainda na linha de entendimento do acórdão, “a alínea ‘a’ da Portaria SECEX nº 14/2004 (...) configurava apenas norma explicativa daquilo que era o objeto da proibição de licença de importação, (...), qual seja: máquinas de jogo de azar em geral, assim entendidas as coisas, mercadorias, sistemas e peças ou seja lá o que for, que

¹⁴ III - MÁQUINAS ELETRÔNICAS PROGRAMADAS - MEP - Não serão deferidas licenças de importação para máquinas de videopôquer, videobingo, caça-níqueis, bem como quaisquer outras máquinas eletrônicas programadas (MEP) para a exploração de jogos de azar, classificadas nas subposições 9504.30, 9504.90 e 8471.60 da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM).a) O disposto neste item aplica-se, também às partes, peças e acessórios importados, quando destinados ou utilizados na montagem das referidas máquinas.

¹⁵ III – MÁQUINAS ELETRÔNICAS PROGRAMADAS – MEP – Não serão deferidas licenças de importação para máquinas de videopôquer, videobingo, caça-níqueis, bem como quaisquer outras máquinas eletrônicas programadas (MEP) para exploração de jogos de azar, classificadas nas subposições 9504.30, 9504.90 e 8471.60 da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM).

¹⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Criminal nº 0013658-05.2012.4.02.5101, Relator GOMES, Abel, Publicado no DJ: 10/06/2014, Disponível em: http://jurisprudencia.trf2.jus.br/v1/search?q=ca%C3%A7a+n%C3%ADquel+e+contrabando&client=jurisprudencia&output=xml_no_dt-d&proxystylesheet=jurisprudencia&lr=lang_pt&ulang=pt=-BR&entqrm0=&oe=UTF8-&ie=UTF8-&ud-1&exclude_apps=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&entqr=3&site=ementas&filter=0&getfields=*&partialfields=&requiredfields=&cas_q=. Acesso em: 15 fev.2014.

efetivamente faça com que o jogo de azar processe.”

Nesse ponto, necessário chamar atenção para o fato de que o art. 334, §1º, alínea “c” do Código Penal, é evidentemente uma norma penal em branco, “uma vez que a proibição tem que ser buscada em outras normas legais.”¹⁷

Não se pode olvidar que, por força do princípio da legalidade,

a só existência de lei prévia não basta, pois nela devem ser reunidos certos caracteres, quais seja, a concreta definição de uma conduta, a delimitação de qual conduta é compreendida e a delimitação de qual não é compreendida,¹⁸ sendo que “as lacunas porventura existentes nas normas incriminadoras não de ser consideradas espaços de licitude.”¹⁹

Assim, não comete o delito de tráfico de drogas quem vende a planta medicinal boldo, na medida em que tal substância não se encontra elencada no rol da Portaria nº 344/98 da ANVISA, ainda que ficasse comprovado, por suposição, o prejuízo à saúde causado pelo uso de tal produto.

Portanto, não se pode admitir que a prática de uma conduta encontra-se proibida, porque, supostamente, o ato normativo “quis dizer” dessa forma.

Nunca é demais salientar que a questão encontra-se inserida no âmbito do Direito Penal, matéria essa que não admite a construção de ilações e conjecturas, onde, ao contrário, tudo, absolutamente tudo, deve estar explícito e bem demarcado, sendo que qualquer conduta que ultrapasse, ainda que minimamente, a linha de esfera do tipo deve ser considerada atípica.

Assim, se a Portaria da SECEX nº 35 de 2006 não repetiu os termos da alínea “a” da Portaria nº 14 de 2004, não cabe dizer que tal fato se deu porque tal alínea era meramente explicativa e, portanto, despendida de ser reproduzida, até porque, como se aprende nos bancos das faculdades, não existem, ou não deveriam existir, palavras inúteis nas leis.

Não há cabimento sequer em procurar se especular o motivo pelo qual tal alínea não

¹⁷ BALTAZAR JUNIOR, 2012, p. 211.

¹⁸ GUEIROS & JAPIASSÚ, 2012, p. 78.

¹⁹ Idem.

foi reproduzida, pois basta o não ter sido para a conduta de importar os componentes eletrônicos tornar-se atípica.

Porém, sucumbindo-se à vontade de se especular sobre os reais motivos pelo qual a norma proibitiva não foi reproduzida, assim como o referido acórdão o fez, cabe registrar que a não reprodução certamente se deu pelo absurdo que era proibir a importação de mercadorias que poderiam ser empregadas em diversas atividades lícitas, na medida em que as placas-mãe e noteiros são largamente utilizados na composição de máquinas de flipperama, de refrigerante, computadores, dentre outras.

Convém ressaltar que apesar de a proibição da importação de “partes, peças e acessórios importados, quando destinados ou utilizados na montagem” das máquinas caça-níqueis ter sido abolida pela Secretaria de Comercio Exterior, a mesma ainda persistiria em atos normativos editados invalidamente pela Receita Federal do Brasil.

A ilegalidade de tais atos resta flagrante diante da expressa competência atribuída pelo artigo 2º Lei nº 11.457/2007²⁰ à Secretaria da Receita Federal, dentre as quais não se enquadra a expedição de atos normativos que discriminem quais mercadorias podem ser importadas no Brasil.

Alguns julgados sustentam a existência de vedação legal quanto à importação dos componentes eletrônicos de origem estrangeira de máquinas caça-níqueis, com base na previsão abstrata da pena de perdimento prevista na Instrução Normativa SRF nº 309, de 18/03/2003.²¹

Ocorre que, a pena de perdimento, por ser sanção, deve pressupor necessariamente a previsão da respectiva infração administrativa, a qual deixou de existir a partir do momento em que a Portaria nº 35 de 2006 não repetiu integralmente os termos da Portaria nº 14 de 2004.

²⁰ Art. 2º - Além das competências atribuídas pela legislação vigente à Secretaria da Receita Federal, cabe à Secretaria da Receita Federal do Brasil planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas a tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei n o 8.212, de 24 de julho de 1991, e das contribuições instituídas a título de substituição.

²¹ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Apelação Criminal nº 0002364- 34.2008.404.7107, Relator BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo, Publicado no DE em 07/08/2014. Disponível em: http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php. Acesso em 15 fev. 2014.

Ademais, necessário registrar que o parágrafo único do artigo 1º da referida Instrução Normativa dispõe que a pena de perdimento aplica-se:

às partes, peças e acessórios importados, quando, no curso do despacho aduaneiro ou em procedimento fiscal posterior, **ficar comprovada sua destinação ou utilização na montagem das referidas máquinas.**” – grifos nossos

Assim, teoricamente, os componentes eletrônicos, que, como já dito, possuem aproveitamento para os mais variados tipos de equipamento e maquinário, deveriam ter sua destinação ou utilização comprovada, regra essa que obviamente não é observada na prática dos processos criminais deflagrados contra os comerciantes, salvo alguns julgados isolados²², mas sua ausência é facilmente superada pela jurisprudência de nossos Tribunais²³, conforme ficará mais sobejamente demonstrado no próximo capítulo.

4. ORIGEM ESTRANGEIRA DOS COMPONENTES ELETRÔNICOS E SUA COMUMENTE INDEMONSTRABILIDADE

Cabe registrar ainda que, em muitos casos, os órgãos de persecução penal, no afã de atender a política criminal adotada pelo Estado, acabam por deflagrar processos criminais contra donos de estabelecimento comerciais pelo cometimento do crime de contrabando sem que um mínimo de lastro probatório seja produzido quanto à origem estrangeira das máquinas caça-níqueis ou de seus componentes eletrônicos.

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial 1368659 RJ, Relatora VAZ, Laurita Vaz, Publicado no DJE em 03/09/2014. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=ca%E7a+e+n%EDquel+e+contrabando&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO. Acesso em: 15 fev. 2014.

²³ BRASIL. Tribunal regional Federal da 5ª Região, Apelação Criminal nº 200783000154058, Relator APOLIANO, Geraldo, Publicado no DJE 02/10/2014; Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial 355272RJ, Relator RIBEIRO, Moura, Publicado no DJE 03/02/2014. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=ca%E7a+e+n%EDquel+e+contrabando&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO. Acesso em: 15 fev. 2014.

Em casos frequentes encontrados pelos foros da Justiça Federal, nota-se que os laudos de exame material acostados aos Inquéritos Policiais são genéricos, estilo “modelão”, havendo casos em que o mesmo laudo foi utilizado em diversas ações penais que tratavam de supostos casos contrabando de componentes eletrônicos de máquinas caça-níqueis.

Muitas vezes, na tentativa de suprir evidente deficiência dos laudos genéricos, são anexados ao Inquérito Ofício (nº 0216/07) de lavra da ABINEE (Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica), confeccionado entre os anos de 2006/2007, com a informação de não constar no cadastro de tal Associação fabricante nacional de processadores de placa-mãe e noteiros.

Ocorre que as informações prestadas pela referida Associação estão defasadas, devido ao lapso temporal desde que as mesmas foram prestadas à Polícia Federal, sendo que em Ofício de nº 0231/2012, datado de 26/03/2012, a própria ABINEE informa à Defensoria Pública da União do Rio de Janeiro sobre a existência de empresas cadastradas naquela unidade como fabricantes no Brasil de placa-mãe para computador (motherboard).

Sobre esse último aspecto, o próprio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no julgamento da apelação nº 2008.51.01.816910-4 admitiu que:

a declaração da ABINEE – Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica, de 09/03/2007 (fl.18), no sentido de que não constaria em seu cadastro fabricante nacional de processadores para placa-mãe, não se pode ser considerada como prova indireta inequívoca da procedência estrangeira das máquinas de azar apreendidas, uma vez que o art. 5º, XX, da CRFB/1988 aduz que ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado.

Apesar do julgado acima citado, a jurisprudência de nossos Tribunais vem admitindo que:

a realização de exame pericial direto sobre máquinas caça-níquel apreendidas não é indispensável à demonstração da materialidade delitiva, desde que a procedência estrangeira das mercadorias contrabandeadas seja provada por outros meios de prova²⁴

²⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Criminal 2010.51.01.810102-4, Relator FONTES, André, Publicado no DJF2R: 24/07/2014, Disponível em: http://jurisprudencia.trf2.jus.br/v1/search?q=cache:0PiyM_HLO4AJ:www.trf2.com.br/idx/trf2/ementas/%3Fprocesso%3D201051018101024%26CodDoc%-3D291086+ca%C3%A7a+e+n%C3%ADquel+e+contrabando+&client=jurisprudencia&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisprudencia&lr=lang_pt&ie=UTF-8&site=ementas&access=p&oe=UTF-8.

O grande problema é que os outros meios de provas indicados no julgado acima, e em diversos outros similares, frequentemente se resumem a um laudo pericial pré-fabricado que no mais das vezes afirma, em uma linha, que há indícios de procedência estrangeira, considerando que havia inscrições *made in* (algum país asiático) no componente eletrônico analisado.²⁵

Cabe registrar que as máquinas caça-níqueis chegam a ser destruídas, em algumas ocasiões, até mesmo antes da propositura da denúncia, o que inviabiliza qualquer tentativa de se contraditar o resultado do laudo por parte da defesa.

O ponto nodal, entretanto, é mais complexo, na medida em que a mera demonstração de que os componentes eletrônicos possuem origem estrangeira não significa que a internalização dos mesmos em território nacional tenha se dado através de contrabando, na medida em que podem ter sido importados para fins lícitos e, posteriormente, vindo a ser utilizados na montagem de máquinas caça-níqueis.

Quanto a esse ponto, nunca é demais lembrar que os componentes eletrônicos das máquinas caça-níqueis não possuem vedação legal válida, conforme já demonstrado anteriormente, na medida em que podem perfeitamente integrar outros tipos de equipamento, como máquinas fliperamas, computadores e máquina de refrigerante.

Assim, nesse aspecto, a demonstração da importação clandestina ou fraudulenta se torna fundamental, sendo que, importante se faz frisar, tal ônus é exclusivo do órgão de acusação, conforme lição do mestre Paulo Rangel:

[...] o ônus da prova, hoje, diante da Constituição, é exclusivo do Ministério Público. Não se confunde o direito de que tem o réu de alegar, em sua defesa, que o bem entender, com ônus da prova. Esse é total e exclusivamente do MP.²⁶

Entretanto, a realidade se mostra distinta da lição do mestre, cabendo ao acusado

²⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Criminal nº 2011.51.16.000786-7, Relatora SCHREIBER, Simone, Publicado no DJF2R: 19/11/2014, Disponível em: [²⁶ RANGEL, Paulo, 2012, p. 507.](http://jurisprudencia.trf2.jus.br/v1/search?q=cache:-. Acesso em: 15 fev.2014.JU5Yy3_CiwJ:www.trf2.com.br/idx/trf2/ementas/%3Fprocesso%3D201151160007867%-26CodDoc%3D295766+ca%C3%A7a+e+n%C3%ADquel+e+contrabando+&client=jurisprudencia&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisprudencia&lr=lang_pt&ie=UTF-8&site=ementas&access=p&coe=UTF-8. Acesso em: 15 fev. 2014.</p></div><div data-bbox=)

submeter-se a um processo criminal com flagrantes deficiências em matéria probatória, supridas por criativas teses acusatórias.

5. A CONSTRUÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO PARA ATENDIMENTO DE UMA POLÍTICA CRIMINAL

Etapa importante da política criminal até aqui exposta consiste na construção, por parte dos órgãos de persecução penal, de uma suposição quanto ao elemento subjetivo do tipo incriminador que toca à conduta levada a efeito pelo pequeno comerciante aqui destacado.

Como já abordado, um mero comerciante que, porventura, tem em seu estabelecimento as chamadas “máquinas caça-níqueis” passou a ser etiquetado como contrabandista, sujeito a pena cominada no artigo 334-A, § 1º, inciso IV do Código Penal. Noutro giro, a figura do delito anão previsto no artigo 50 do Decreto-Lei nº 3.688/41, que trata das hipóteses de exploração de jogos de azar em locais públicos ou acessíveis ao público, e, também, do crime contra a economia popular inscrito no artigo 2º, inciso IX da Lei nº 1.251/1951, restam consideradas inexistentes tanto pelos órgãos de acusação, quanto pelo Poder Judiciário, uma vez que comumente sequer há a propositura de denúncia na esfera estadual para se apurar o cometimento de tais delitos considerados **menores**.

Não bastasse tal agente não ser o responsável pela introdução dos componentes eletrônicos dessas máquinas no território nacional, elementar questão que também se põe é a deturpação da direção final da sua ação, ou seja, o resultado que esse busca com a realização da conduta.

Como consequência, o indivíduo que possui o **dolo** de explorar jogo de azar ou praticar crime contra a economia popular passou, nos termos aqui discutidos, a ser vítima da **suposição** de que **conhecia e queria** o resultado contido na conduta de utilizar em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial, mercadoria proibida pela lei pátria.

Fala-se em uma **suposição** pelas razões expostas nos capítulos anteriores, que tratam sobre a fragilidade dos elementos probatórios que constituem a justa-causa da peça

exordial acusatória e levam ao consequente enquadramento da conduta ao tipo penal de contrabando.

Segundo lição de Zaffaroni & Pierangeli:

todos os tipos dolosos exigem que haja uma certa congruência entre seus aspectos objetivo e subjetivo²⁷, isto é, que a ‘vontade realizadora do tipo objetivo’ seja “guiada pelo conhecimento dos elementos deste no caso concreto²⁸”.

Com base na lição dos mestres, de pronto somos capazes de depreender que, na problemática em tela, há verdadeira incongruência entre os elementos subjetivo e objetivo da construção típica semeada no Poder Judiciário.

É dizer que tal incongruência se mostra pelo fato de o tipo subjetivo (dolo) que guia a conduta do agente revelar-se pela cognição e volição dirigida à exploração de jogo de azar ou prática de crime contra a economia popular, ao passo que a estrutura objetiva do tipo, artificialmente posta, refere-se ao delito de contrabando.

Ora, reconhecendo-se o dolo como uma estrutura complexa integrada, na lição de Cirino dos Santos, pelo “conhecimento atual das circunstâncias de fato do tipo objetivo”²⁹ e “na vontade, informada pelo conhecimento atual, de realizar o tipo objetivo de um crime”³⁰, ilógico se faz que o agente seja punido por um resultado que ao menos quis ou planejou perseguir.

Posto isso, latente se faz reconhecer que a construção típica difundida no Poder Judiciário não representa a conduta efetivamente levada a cabo pelo agente, sendo, por isso mesmo, contestável a sua comprovação durante a instrução criminal³¹.

²⁷ ZAFFARONI & PIERANGELI, 2011, p.418.

²⁸ ZAFFARONI & PIERANGELI, 2011, p.420

²⁹ CIRINO DOS SANTOS, 2008, p.135.

³⁰ CIRINO DOS SANTOS, 2008, p.135.

³¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Criminal nº 11426. Relator: FONTES, André. Publicado no E-DJF2R de 24-07-2014. Disponível em: http://jurisprudencia.trf2.jus.br/v1/search?q=cache:0PiyM_HLO4AJ:www.trf2.com.br/idx/trf2/ementas/%3Fprocesso%3D201051018101024%26CodDoc%3D291086+contrabando+e+ca%C3%A7a-n%C3%ADquel+&cclient=jurisprudencia&outp ut=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisprudencia&lr=lang_pt&ie=UTF-8&site=ementas&access=p&oe=UTF-8. Acesso em: 15 fev. 2014.

Nesse contexto, as denúncias promovidas pelos órgãos de acusação e, muitas das vezes, difundidas no Poder Judiciário³², usualmente apelam à **possibilidade** de conhecimento do agente, o pequeno comerciante, quanto à introdução clandestina no país dos componentes que integram a estrutura da máquina caça-níquel, salvo alguns julgados isolados.³³

Não raras são as teses no sentido de que o agente **poderia**, “frente à ampla exposição promovida pelos veículos de comunicação”, ou ainda “por seu grau de instrução” saber que as peças que integram a máquina de jogo de azar possuem origem ilícita. Ora, tais construções **teóricas** não merecem credibilidade, uma vez que cobertas sob o véu de incompatibilidade com a atual noção de dolo.

Nesse sentido, mais uma vez Cirino dos Santos auxilia na refutação de tal descabida tese ao lecionar que:

O componente intelectual do dolo consiste no conhecimento atual das circunstâncias de fato do tipo objetivo, como representação ou percepção real da ação típica: não basta uma consciência potencial, capaz de atualização, mas também não se exige uma consciência refletida, expressa pela verbalização³⁴

Não é suficiente a afirmação de que o agente teria condições de saber a origem ilícita dos componentes das máquinas, quando, na realidade, efetivamente teria de conhecer tal dado elementar ao preenchimento do tipo objetivo do crime de contrabando. Em outros termos, essa consciência atual “deve estar presente no momento da ação, quando ela está sendo realizada”³⁵.

Importante salientar que o conhecimento da origem clandestina desses componentes eletrônicos apenas seria crível no que tange aos efetivos integrantes de organizações criminosas que, na linha de frente de tais operações, contribuem diretamente para a entrada e distribuição de máquinas voltadas à exploração de jogos de azar por todo o país.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1256038 RO 2011/0084969-4 Relator: MARANHÃO, Ericson (Desembargador convocado do TJ/SP). Publicado no DJ de 28-10-2014. Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153389394/recurso-especial-resp-1256038-ro-2011-0084969-4>.

³³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº0003623-26.2006.404.7110, Relator Baltazar Junior, José Paulo. Publicado no DE: 19/02/2015. Disponível em: http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php. Acesso em: 15 fev. 2014.

³⁴ ROXIN, 1996; WELZEL, 1969 apud CIRINO DOS SANTOS, 2008, p.135.

³⁵ BITENCOURT, 2012, p.350.

Na esteira do até aqui exposto, também merecem ser refutadas aquelas teses que buscam a incriminação do pequeno comerciante com base em possível dolo eventual³⁶ quanto à realização do crime de contrabando.

Lecionam Zaffaroni & Pierangeli que:

O dolo eventual, conceituado em termos correntes, é a conduta daquele que diz a si mesmo 'que aguento', 'que se incomode', 'se acontecer, azar', 'não me importo'. Observe-se que aqui não há uma aceitação do resultado como tal, e sim sua aceitação como possibilidade, como probabilidade.³⁷

Contudo, a aceitação do resultado “como possibilidade, como probabilidade” exige, tal como lógico se faz, que o agente seja capaz de antevê-lo, isto é, que haja em sua mente a mensuração da probabilidade de acontecimento da lesão ou colocação em perigo de determinado bem-jurídico.

Como já abordado, o pequeno comerciante não busca a realização do crime de contrabando, não podendo, desse modo, a ele ser atribuída a previsão da possibilidade da ocorrência de resultado natural a esse delito. Frise-se que o agente busca, no caso em tela, apenas, o resultado representado pela obtenção de vantagem mediante jogo de azar, sendo permitido, apenas nesse caso, que seja trabalhada a hipótese de dolo eventual.

Consequência dessa desastrosa política criminal revela-se ainda através do cada vez mais frequente posicionamento jurisprudencial que toca ao não reconhecimento da insignificância da conduta em voga³⁸, sob a alegação, no mais das vezes, de que o crime de

³⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Habeas Corpus nº 8797. Relator: FONTES, André. Publicado no E-DJF2R de 15-07-2013. Disponível em: http://jurisprudencia.trf2.jus.br/v1/search?q=cache:Mh9J-DKDCAEJ:www.trf2.com.br/idx/trf2/ementas/%3Fprocesso%3D201302010074869%26CodDoc%3D279791+contrabando+e+ca%3%A7a-n%3%ADquel+e+dolo+eventual+&client=jurisprudencia&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisprudencia&lr=lang_pt&ie=UTF-8&site=ementas&access=p&oe=UTF-8 Acesso em: 13/fev. 2014.

³⁷ ZAFFARONI & PIERANGELI, 2011, p.434.

³⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Criminal nº 0011223-74.2008.4.03.6102/SP. Relator: GUIMARÃES, Cotrim. Publicado no D.E. de 14-03-2014. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/3410032> Acesso em: 15 fev. 2014.

contrabando viola a ordem pública³⁹.

Talvez, para além de uma incongruência entre os elementos constitutivos do tipo doloso, estejamos presenciando a tentativa de cristalização de modalidade de **dolo desvalorado**, inteiramente desconexo à atual concepção finalista da ação.

Neste sentido, sustentam Zaffaroni & Pierangelli que:

[...] o dolo está livre de toda reprovação, porque a reprovabilidade (culpabilidade) é um passo posterior à averiguação do injusto (conduta típica e antijurídica), pois o dolo integra o injusto como uma característica da tipicidade dolosa.⁴⁰

Desse modo, a exarcebada reprovação daquelas condutas atreladas à exploração de jogos de azar, que, ao mínimo, deveria restar contida quando da análise da culpabilidade, acaba por contaminar as demais estruturas basilares do crime, influenciando diretamente na construção de um juízo de tipicidade equivocado que coaduna fatos a tipos incriminadores que desses destoam.

Assim, por hora, não vislumbramos solução outra para o questionamento aqui posto que não o mero reconhecimento do efetivo (real) dolo do agente, ou seja, a coadunação de seu **conhecer e querer** com a estrutura típica objetiva do artigo 50 do Decreto-Lei nº 3.688/41 ou do art. 2º, inciso IX da Lei nº 1.251/1951.

³⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Criminal nº 11426. Relator: FONTES, André Publicado no D.E. de 24-07-2014. Disponível em: http://jurisprudencia.trf2.jus.br/v1/search?q=cache:0PiyM_HLO4AJ:www.trf2.com.br/idx/trf2/ementas/%3Fprocesso%3D201051018101024%26CodDoc%3D291086+contrabando+e+ca%3%A7a-n%3%ADquel+e+insignific%3%A2ncia+&client=jurisprudencia&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisprudencia&lr=lang_pt&ie=UTF-8&site=ementas&access=p&oe=UTF-8 Acesso em: 15 fev. 2014.

⁴⁰ ZAFFARONI & PIERANGELI, 2011, p.422.

6. OS CASOS DE COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL E A INDIFERENÇA PELA REALIDADE

A política criminal em estudo deixa de considerar outro dado recorrente na realidade daqueles comerciantes que possuem em seus estabelecimentos máquinas caça-níqueis.

No mais das vezes esses comerciantes são ameaçados por integrantes das organizações criminosas afetas à exploração de jogos de azar a terem em seus estabelecimentos tais máquinas sob o risco de serem suas vidas ceifadas.⁴¹

É dizer que muitos desses estabelecimentos, em sua maioria pequenos bares, encontram-se localizados em bairros periféricos que possuem precário alcance de serviços essenciais, tal como a segurança pública.

Nesse espeque, a atuação de tais grupos criminosos resta fortalecida, não cabendo ao pequeno comerciante escolha outra que não a de ceder às ameaças e acatar a instalação em seus estabelecimentos daquelas máquinas.

Resta claro que, frente a tal panorama, não seria plausível a expectativa de que o comerciante agisse, mesmo assim, conforme aos mandamentos legais e arriscasse a sua vida ou de seus familiares.

É valiosa a lição de Cirino dos Santos ao afirmar que:

[...] circunstâncias **normais** fundamentam o juízo de **exigibilidade de comportamento conforme ao direito**; ao contrário circunstâncias **anormais** podem constituir **situações de exculpação** que excluem ou reduzem o juízo **de exigibilidade de comportamento conforme ao direito**: o autor reprovável pela realização não justificada de um tipo de crime, com conhecimento real ou possível da proibição concreta, é **exculpado** pela anormalidade das circunstâncias do fato, que excluem ou reduzem a exigibilidade de conduta diversa.⁴²

Frise-se que, conforme delineado em capítulo anterior, o **conhecimento real ou possível**

⁴¹ Nesse sentido: <http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI1057038-EI316,00-RJ+Guerra+dos+cacaniqueis+faz+mais+duas+vitimas.html>.

⁴² CIRINO DOS SANTOS, 2008, p.331.

da proibição concreta, destacado pelo ilustre mestre, toca ao **dolo** da prática do delito anão previsto no artigo 50 do Decreto-Lei nº 3.688/41 ou do crime previsto no art. 2º, inciso IX da Lei nº 1.251/1951 e não, por sua vez, ao delito de contrabando (art. 334-A do Código Penal)!

Nessa perspectiva, a ameaça suportada pelo pequeno comerciante revela-se tal qual uma **coação moral irresistível** que mitiga a possibilidade de motivação a partir do mandamento legal de não violar o direito. Nesses casos **existe vontade, embora seja viciada, ou seja, não é livremente formada pelo agente**⁴³.

Importante se faz frisar que um dos requisitos que tocam à configuração de hipótese de **coação moral irresistível** revela-se na **inevitabilidade** do perigo que pode vir a ser suportado pelo agente. Desse modo, resistência a esse requisito poderá surgir quanto ao fato de o pequeno comerciante, uma vez ameaçado a instalar em seu estabelecimento as ditas máquinas caça-níqueis, poder buscar auxílio junto aos órgãos de segurança pública a fim de proteger a si e a sua família. Contudo, deve-se admitir que muitas das vezes tal contra-argumento revela-se afastado da realidade social exprimida no início deste capítulo.

A busca, nesse caso, dos aparatos de segurança pública pode representar, ao invés de uma saída, o agravamento do problema, uma vez que são recorrentes na mídia os casos em que policiais encontram-se envolvidos com aquelas organizações criminosas dedicadas à exploração de jogos de azar e demais delitos conexos. Tal dado se faz ainda mais alarmante quando se constata que são comuns os casos daqueles comerciantes que possuem seus estabelecimentos no mesmo bairro em que residem, quando não em sua própria casa.

Portanto, resta evidente que, comprovada a ameaça irresistível sofrida pelo agente, e este, por conta disso, não podendo se motivar conforme ao direito, apenas o autor mediato deverá responder pelos delitos correspondentes à obtenção de vantagem com a exploração de máquina de jogo de azar, muita das vezes inserido no âmbito de grandes organizações criminosas.

Porém, o problema muitas das vezes reside na dificuldade para o dono do estabelecimento comercial comprovar tais ameaças, uma vez que são poucos os moradores das comunidades pobres e violentas que aceitam a arriscada tarefa de prestar depoimento enquanto testemunha de defesa, já que em tais lugares aprende-se facilmente que a lei do silêncio encontra-se acima de todas as outras.

⁴³ BITENCOURT, 2012, p.477.

Diante de tal panorama, a absolvição do pequeno comerciante constitui tarefa árdua.⁴⁴

Assim, evidente se faz que a desastrosa política criminal que ora analisamos, para além de cometer grave equívoco em solo teórico, deturpa e interpreta a realidade de acordo com seus devaneios punitivistas.

7. CONCLUSÃO

É de se observar, portanto, que o problema aqui exposto não toca apenas à seara do ordenamento jurídico quando, na verdade, possui complexos imbrincamentos no seio social no qual se põe a norma.

Nesse sentido, não podemos olvidar que a marca da funcionalidade não se faz presente apenas no momento da elaboração do tipo penal que pretende criminalizar a conduta de exploração de jogo, como também no momento da interpretação e aplicação da norma, com finalidade de se atender a interesses de grupos dominantes e que ditam verdadeiramente as regras do jogo.

Conforme pudemos visualizar, a conduta do proprietário do estabelecimento comercial, quando afastada da política criminal por nós apontada, se restringiria a mera prática de obtenção de vantagem com jogo de azar, **nada se inferindo quanto ao crime de contrabando.**

Assim, a solução do problema aqui apresentado não requer uma fórmula mágica, quando um primeiro passo perpassa pela simples adequação entre a consciência e o querer do agente ao tipo penal correspondente à conduta efetivamente praticada.

Nesse ponto, não se deve olvidar que, frente à complexidade de relações que a realidade social pode apresentar, deve-se ter a sensibilidade de mensurar em que condições a

⁴⁴ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Criminal nº 201051018101024, Relator: Fontes, André, Publicado no DJF2R: 24/07/2014. Disponível em: http://jurisprudencia.trf2.jus.br/v1/search?q=cache:0PiyM_HLO4AJ:www.trf2.com.br/idx/trf2/ementas/%3Fprocesso%-3D201051018101024%26CodDoc%3D291086+ca%C3%A7a+e+n%C3%ADquel+e+coa%C3%A7%-C3%A3o+e+moral+e+irresist%C3%ADvel+&client=jurisprudencia&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisprudencia&lr=lang_pt&ie=UTF-8&site=ementas&access=p&oe=UTF-8.

vontade do agente foi formada, sob o risco da punição deste quando não passou de mero instrumento para a vontade de outrem, o verdadeiro responsável pela ação.

Enquanto o trabalho dos órgãos de acusação continuar a ignorar o uso da persecução para atendimento de uma política destoada da realidade, e se limitar a punir o dono do bar, última pessoa de toda uma escala de acontecimentos, não há que se falar em combate ao crime, mas sim em uso indevido da persecução penal como resposta instantânea e desmensurada aos anseios de parte influente do corpo social.

Assim, deve ser chamada a atenção para o fato de que o Poder Judiciário, ao admitir condenações nesses moldes, está compactuando com esse desvirtuamento da persecução penal, quando possui a capacidade de, através de sua atividade, adequar norma à realidade social.

REFERÊNCIAS

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. 8. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2012

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 18. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris ICPC, 2008.

FERRAZ JÚNIOR SAMPAIO, Tércio. **A Função Social da Dogmática Jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 7.ed. rev. ampl. e atual. Niterói: Editora Impetus, 2013.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 22. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de Direito Penal**: 1, Editora. Campus Jurídico, ed. 2012. Rio de Janeiro, Editora Campus Jurídico, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: volume 1: parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, Nilo; ALAGAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: volume II, I. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.