

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO REGIONAL III - JABAQUARA

1ª VARA CRIMINAL

Rua Afonso Celso, nº 1065, Saúde - CEP 04119-062, Fone:

(11)3489-4131, São Paulo-SP - E-mail: jabaquara1cr@tjsp.jus.br

DECISÃO

Processo nº: **1500602-10.2020.8.26.0003**
 Classe - Assunto: **Ação Penal - Procedimento Sumário - Infração de Medida Sanitária Preventiva (COVID-19)**
 Autor: **Justiça Pública**
 Autor do Fato: **FERNANDO CÉSAR MUNIZ**

CONCLUSÃO

Em 14 de julho 2021, faço estes autos conclusos a MM. Juíza de Direito, **TÂNIA MAGALHAES AVELAR MOREIRA DA SILVEIRA**. Eu, _____, Marcus Vinicius Ito, assistente, digitei e providenciei a impressão.

VISTOS.

FERNANDO CÉSAR MUNIZ, qualificado nos autos, foi denunciado como incurso no artigo 50, do Decreto-Lei nº 3.688/41, porque teria, no dia 27 de julho de 2020, na Avenida Indianópolis nº 1.137, bairro Saúde, nesta cidade e comarca, explorado “jogo de azar”, em lugar acessível ao público.

Consta dos autos que o denunciado era o responsável pelo imóvel, situado no endereço acima descrito, onde foram encontradas, por policiais civis, vinte e oito pessoas jogando pôquer ou participando do evento, um policial militar armado e doze máquinas para recebimento de cartão, além cartelas e fichas para apostas, um notebook, três mesas de carteadado e um DVR. Na ocasião, as máquinas, pessoas e os materiais foram encontrados por policiais civis, que compareceram ao local para averiguação de denúncia sobre a exploração de jogos de azar.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO REGIONAL III - JABAQUARA

1ª VARA CRIMINAL

Rua Afonso Celso, nº 1065, Saúde - CEP 04119-062, Fone:

(11)3489-4131, São Paulo-SP - E-mail: jabaquara1cr@tjsp.jus.br

Realizada audiência preliminar, pelo acusado e pela defesa foi salientado que não aceitavam a proposta de transação penal formalizada pelo Ministério Público, por entenderem não estar configurada a hipótese de contravenção penal imputada ao suposto autor do fato.

Na sequência, o réu foi denunciado pelo Ministério Público, como incurso no artigo 50, do Decreto Lei nº 3688/41.

É o relatório.**Decido e Fundamento.**

A denúncia oferecida pelo Ministério Público comporta rejeição liminar.

Inicialmente, convém destacar a extrema relevância, no caso em tela, sobre a natureza do jogo de pôquer, com observância de algumas considerações para a conclusão se tal modalidade constitui ou não jogo de azar.

Importa destacar que a contravenção penal prevista no artigo 50, do Decreto-Lei nº 3.688/41, tutela e protege os “bons costumes”e, nesse sentido cita-se o escólio de Guilherme Nucci sobre referido artigo de lei:

“O sujeito passivo é a sociedade. Não é o Estado, pois este não é o titular do bem jurídico: bons costumes” (Nucci, Guilherme de Souza, Leis Penais e processuais penais comentadas, vol. 1, 10ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, fls. 169)

A par disso, observa-se que o próprio Poder Público realiza a exploração de jogo de azar e loterias, o que, em tese, desvalidaria a proteção exclusiva dos bons costumes, pois se o próprio Estado realiza tal exploração, seria contraditória a existência de tal norma.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO REGIONAL III - JABAQUARA

1ª VARA CRIMINAL

Rua Afonso Celso, nº 1065, Saúde - CEP 04119-062, Fone:

(11)3489-4131, São Paulo-SP - E-mail: jabaquara1cr@tjsp.jus.br

De tal análise, resulta a hipótese de que o tipo penal em questão pretende, na realidade, garantir a proteção do bem jurídico “bons costumes” e também as relações que os orbitam e que poderiam causar lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos da sociedade, ou seja, *“a ideia, ainda prevalente, é manter as pessoas afastadas desse tipo de jogo, que não depende de habilidade para ganhar (como, por exemplo, os jogos esportivos), mas de mera sorte. Essa situação pode levar à perda patrimonial, ao vício e aos desmandos de toda ordem”* (Nucci, *ibidem*, fls. 170).

Paralelamente a esse aspecto, torna-se necessário enfatizar que para a devida configuração da contravenção penal em relevo é imprescindível a incidência da tipicidade formal e material aos fatos narrados consumando a infração penal, consoante esclarece André Estefam:

*"A tipicidade, ao lado da conduta, constitui elemento necessário ao fato típico de qualquer infração penal. Deve ser analisada em dois planos: formal e material. Entende-se por tipicidade a relação de subsunção entre um fato concreto e um tipo penal (tipicidade formal) e a lesão ou perigo de lesão ao bem penalmente tutelado (tipicidade material). Trata-se de uma relação de encaixe, de enquadramento. É o adjetivo que pode ou não ser dado a um fato, conforme ele se enquadre ou não na lei penal." (André Estefam; Victor Eduardo Rios Gonçalves; Coord. Pedro Lenza. *Direito Penal Esquematizado – Parte Geral*. Editora Saraiva. Edição do Kindle. Item 13.4.1)*

Note-se que, no caso em tela, segundo consta dos elementos informativos coligidos nos autos, supostamente havia vinte e oito (28) pessoas participando do evento, que seria a comemoração do aniversário do proprietário do imóvel, Fernando Cesar Muniz, ora denunciado, onde estava também um policial militar armado para resguardo da segurança dos participantes e terceiros contratados para auxiliar no evento, ocorrendo ainda a apreensão de doze máquinas de pagamento com cartões, borderô, um computador e um DVR.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO REGIONAL III - JABAQUARA

1ª VARA CRIMINAL

Rua Afonso Celso, nº 1065, Saúde - CEP 04119-062, Fone:

(11)3489-4131, São Paulo-SP - E-mail: jabaquara1cr@tjsp.jus.br

Sopesado tal contexto fático apresentado, em sede de juízo de admissibilidade da denúncia, em tese, poderia se vislumbrar indícios mínimos de autoria e materialidade delitiva, para posterior produção de prova a fim de garantir a melhor elucidação dos fatos, tendo em vista a quantidade de máquinas de cartões, em comparação com o número de participantes, além dos diversos objetos de jogo apreendidos, a demonstrar maior sofisticação na realização do jogo pelos participantes.

No entanto, em juízo sumário, verifica-se a insuficiência do suporte fático para a configuração da exigível tipicidade material, ante a ausência de demonstração de que estivessem ocorrendo, nos termos do artigo 50, §2º, alínea "c", da Lei de Contravenções Penais, embora não descrito na denúncia oferecida, apostas sobre qualquer outra competição esportiva, no caso, jogo que pôquer .

A propósito da questão, tem-se que a contravenção penal disciplinada pelo artigo 50 do Decreto-Lei nº 3.688/41, constitui norma penal explicativa, assim descrevendo:

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

...

§ 3º Consideram-se, jogos de azar:

*a) o jogo em que o ganho e a perda **dependem exclusiva ou principalmente** da sorte;*

...

c) as apostas sobre qualquer outra competição esportiva.

§ 4º Equiparam-se, para os efeitos penais, a lugar acessível ao público:

*a) a casa particular em que se realizam jogos de azar, quando deles **habitualmente** participam pessoas que não sejam da família de quem a ocupa;*

...”

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO REGIONAL III - JABAQUARA

1ª VARA CRIMINAL

Rua Afonso Celso, nº 1065, Saúde - CEP 04119-062, Fone:

(11)3489-4131, São Paulo-SP - E-mail: jabaquara1cr@tjsp.jus.br

Sob esse aspecto, vale mencionar o teor do parecer técnico apresentado a respeito do jogo de pôquer (fls. 202/211) e os conhecimentos gerais sobre tal prática, anotando a prova técnica, entre outras ponderações, uma pesquisa da Universidade de Ohio que concluiu que, normalmente 75% dos jogadores teriam cartas suficientes para realizarem uma "boa jogada", porém, não teriam aberto as cartas, tendo ainda sido aventada a possibilidade de "blefe" (fls. 207), entre outras regras do jogo, denotando que o pôquer envolve não apenas sorte, mas sobretudo habilidade e o exercício de atividade intelectual pelo jogador, restando a possibilidade de um jogador com piores cartas, portanto com menor dose de sorte, sagrar-se vencedor.

Nesse contexto, ainda que a jurisprudência suscitada pelo Ministério Público a fls. 216, saliente que o pôquer "também envolve sorte no que se refere ao recebimento das cartas do baralho", razão pela qual não se poderia "afastar totalmente a qualificação do pôquer como jogo de azar", há que ser sopesado que, ao contrário do que exige a contravenção penal em questão, não é possível concluir que o jogo de pôquer dependa exclusiva e principalmente da sorte, dependendo o seu resultado sobremaneira da habilidade e raciocínio lógico e intelectual do jogador.

O estudo e a apuração da dinâmica do jogo de pôquer nos permitem aferir a necessidade de conhecimentos de psicologia comportamental e de matemática para que o bom jogador obtenha resultados favoráveis, restando evidente que tal jogo depende fundamentalmente de habilidades específicas, como memorização das características, números e cores das figuras apresentadas no curso da partida, com prévio conhecimento das regras técnicas e adoção de estratégias e tomada de decisões acertadas em busca de melhores resultados, afastando assim a dependência exclusiva ou principal da sorte.

Ora, extrai-se da legislação vigente que o fator aleatório da sorte é preponderante na definição e configuração da contravenção penal e, como consequência, não dependendo o jogo de cartas fundamentalmente de sorte, não estará presente a ilicitude na realização do referido jogo.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO REGIONAL III - JABAQUARA

1ª VARA CRIMINAL

Rua Afonso Celso, nº 1065, Saúde - CEP 04119-062, Fone:

(11)3489-4131, São Paulo-SP - E-mail: jabaquara1cr@tjsp.jus.br

A respeito da referida discussão sobre a natureza do jogo de pôquer e os recentes entendimentos jurisprudenciais adotados sobre a matéria, transcrevo trecho do didático texto de autoria de Eduardo Mahon, publicado em 23 de janeiro de 2021, no site "conjur.com.br", com o título *Poker não deve ser considerado contravenção*:

"(...) Mas e o poker? Em que categoria enquadra-se? O jogo (na modalidade texas hold'em) consiste em receber cartas fechadas e contar com rodadas de apostas a medida em que são reveladas cartas comunitárias. É claro que, numa determinada rodada ou mão, um jogador pode receber cartas extremamente favoráveis, mas o jogo não consiste numa única rodada, em eventos aleatórios e desconexos uns dos outros. Ao contrário – para haver vitória num torneio, é necessário avaliar matematicamente centenas ou milhares de conjuntos de cartas, acumulando ou desperdiçando fichas.

O poker está vencendo o preconceito diariamente. O Instituto de Criminalística de São Paulo (órgão policial), ao avaliar a estrutura do jogo, emitiu um laudo definitivo (01/020/0058872/2006), no qual está consignado: “inferem os peritos que se trata de um jogo de habilidade do jogador que participa desta modalidade que depende da memorização, das características das figuras apresentadas no decorrer do jogo e do conhecimento das regras e estratégia de atuação em função destes fatores”.

Mas não é só. Consultado a respeito, o maior perito brasileiro, Ricardo Molina, deixou assentado num extenso, complexo e definitivo trabalho: “como vimos e demonstramos, inclusive matematicamente, a habilidade é decisiva para o ganho no texas hold'em. De acordo, pois, com a definição dada no texto do Decreto Lei 3.688/41, ou por qualquer outro critério no qual o nível de habilidade do jogador é decisivo para o ganho, a modalidade de pôquer conhecida como texas hold'em não pode ser considerada jogo de azar”. A conclusão veio cotejando centenas de cálculos matemáticos.

(...)

O que entendem os tribunais a respeito? Instado a se manifestar sobre uma casa de promoção de torneios de poker, o Tribunal de Justiça de São Paulo unanimemente posicionou-se da seguinte forma: “(...) assim decidem por já ter sido o pif-paf considerado jogo não punível, em reiterada jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal. É certo que o pif-



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO REGIONAL III - JABAQUARA

1ª VARA CRIMINAL

Rua Afonso Celso, nº 1065, Saúde - CEP 04119-062, Fone:

(11)3489-4131, São Paulo-SP - E-mail: jabaquara1cr@tjsp.jus.br

paq como o pôquer, não pode ser considerado como jogo de azar, pois não dependem exclusivamente de sorte, como o bacarat, a campista e outros jogos carteados. O ganho depende da habilidade e da observação dos parceiros". (AC – RT 228/499)

Mas não foi somente em São Paulo que houve pronunciamento judicial. Como já citado, até mesmo o Supremo Tribunal Federal já deixou consolidada a interpretação sobre o tema. E, recentemente, juízes concederam autorizações para o funcionamento não só de casas onde se fomenta campeonatos, como de etapas de torneios estaduais e brasileiro. Vejamos. Em Santa Catarina, a Desembargadora Sônia Maria Shmitz (MS 2010.047810-1): "(...) é possível inferir que suas regras dependem de probabilidades matemáticas, conhecimento das regras e estratégias do jogo, capacidade psicológica do apreender as reações dos adversários, possibilidade de dissimular as próprias cartas e de prever as cartas dos demais, aspectos que entremostam, nesta fase preliminar, a proeminência da habilidade sobre a sorte". E por aí vão julgados em todo o país."

Cito ainda precedente jurisprudencial que aborda a questão, decorrente de Remessa Necessária Cível nº 00040332420138240005, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, publicado em 08 de abril de 2021:

"REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. REALIZAÇÃO DE TORNEIOS DE PÔQUER. SENTENÇA DE CONCESSÃO PARCIAL DA SEGURANÇA. VIABILIDADE DE REALIZAÇÃO DE EVENTOS, NA MODALIDADE "TEXAS HOLD'EM". ATIVIDADE QUE DEPENDE DE HABILIDADE E NÃO APENAS DE SORTE. ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. VEDAÇÃO APENAS, QUANTO À PRÁTICA DE "CASH GAME" OU OUTRA MODALIDADE DO JOGO À DINHEIRO. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL. MANUTENÇÃO DO DECISUM QUE SE IMPÕE. "[.] 4.1 REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. REALIZAÇÃO DE TORNEIOS DE PÔQUER. SENTENÇA DE CONCESSÃO PARCIAL DA SEGURANÇA. VIABILIDADE DE REALIZAÇÃO DE EVENTOS, NA MODALIDADE "TEXAS HOLD'EM". ATIVIDADE QUE DEPENDE DE HABILIDADE E NÃO APENAS DE SORTE. ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. VEDAÇÃO APENAS, QUANTO À PRÁTICA DE "CASH GAME" OU OUTRA MODALIDADE DO JOGO À DINHEIRO. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL. MANUTENÇÃO DO DECISUM QUE SE IMPÕE. "[.] 4.1 REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. REALIZAÇÃO DE



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO REGIONAL III - JABAQUARA

1ª VARA CRIMINAL

Rua Afonso Celso, nº 1065, Saúde - CEP 04119-062, Fone:

(11)3489-4131, São Paulo-SP - E-mail: jabaquara1cr@tjsp.jus.br

TORNEIOS DE PÔQUER. SENTENÇA DE CONCESSÃO PARCIAL DA SEGURANÇA. VIABILIDADE DE REALIZAÇÃO DE EVENTOS, NA MODALIDADE "TEXAS HOLD'EM". ATIVIDADE QUE DEPENDE DE HABILIDADE E NÃO APENAS DE SORTE. ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. VEDAÇÃO APENAS, QUANTO À PRÁTICA DE "CASH GAME" OU OUTRA MODALIDADE DO JOGO À DINHEIRO. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL. MANUTENÇÃO DO DECISUM QUE SE IMPÕE. "[.] 4.1 REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. REALIZAÇÃO DE TORNEIOS DE PÔQUER. SENTENÇA DE CONCESSÃO PARCIAL DA SEGURANÇA. VIABILIDADE DE REALIZAÇÃO DE EVENTOS, NA MODALIDADE "TEXAS HOLD'EM". ATIVIDADE QUE DEPENDE DE HABILIDADE E NÃO APENAS DE SORTE. ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. VEDAÇÃO APENAS, QUANTO À PRÁTICA DE "CASH GAME" OU OUTRA MODALIDADE DO JOGO À DINHEIRO. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL. MANUTENÇÃO DO DECISUM QUE SE IMPÕE. "[...] 4.1 - O jogo de pôquer não é jogo de azar, pois não depende "exclusiva ou principalmente da sorte" (DL 3.688/41, art. 50, "a"), norma cujo rumo não pode ser invertido, como se dissesse que de azar é o jogo cujo ganho ou perda não depende exclusiva ou principalmente da habilidade. É o contrário. Diz que pode prevalecer é o fator sorte, e não que deve prevalecer o fator habilidade. 4.2 - No pôquer, o valor real ou fictício das cartas depende da habilidade do jogador, especialmente como observador do comportamento do adversário, às vezes bastante sofisticado, extraindo daí informações, que o leva a concluir se ele está, ou não, blefando. Não por acaso costuma-se dizer que o jogador de pôquer é um blefador. Por sua vez, esse adversário pode estar adotando certos padrões de comportamento, mas arditosamente, isto é, para também blefar. Por exemplo, estando bem, mostra-se inseguro, a fim de o adversário aumentar a aposta, ou, estando mal, mostra-se seguro, confiante, a fim de o adversário desistir. Em suma, é um jogo de matemática e de psicologia comportamental." (TJRS / Mandado de Segurança n. 70025424086, de Porto Alegre, Primeira Câmara Cível, rel. Des. Irineu Mariani, j. 17.12.2008) (TJSC - Mandado de Segurança n. 2010.047810-1 . Grupo de Câmaras de Direito Público. Rel. Sérgio Roberto Baasch Luz. Data do julgamento: 26.10.2011) SENTENÇA MANTIDA, EM REMESSA NECESSÁRIA.

Urge ainda salientar, corroborando o entendimento da não configuração da contravenção penal no caso em discussão, a análise de autoria do jurista Miguel Reale Júnior, ressaltando a legalidade da prática do jogo de pôquer, na mencionada modalidade *Texas Hold'em*, em que o participante arca com um montante a título de inscrição, que não seja



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO REGIONAL III - JABAQUARA

1ª VARA CRIMINAL

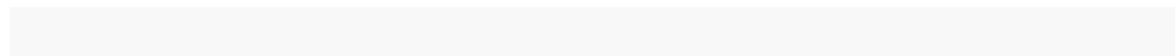
Rua Afonso Celso, nº 1065, Saúde - CEP 04119-062, Fone:

(11)3489-4131, São Paulo-SP - E-mail: jabaquara1cr@tjsp.jus.br

convertido em valor igual ao das fichas que utilizará no jogo, sendo possível, ao final do jogo, o pagamento de um prêmio ao vencedor, de modo a não configurar aposta em competição esportiva, tal como previsto no artigo 50, § 3º, alínea "c", da Lei de Contravenções Penais.

Neste sentido, afirma o i. Jurista Miguel Reale Júnior, destacando a importância da habilidade do jogador nos jogos de pôquer:

“em suma, pode-se afirmar que no jogo de pôquer ganha aquele que combina lógica e sensibilidade, lógica para elaboração rápida de um juízo de probabilidades com as cartas abertas e o número de jogadores, devendo também avaliar as desistências ocorridas, ao que junta a necessidade de haver um poder de observação dos adversários e de saber dissimular sua própria situação”.



De tal sorte, e por consequência, torna-se forçoso reconhecer que o jogo de pôquer não preenche igualmente a exigível tipicidade formal da infração penal em relevo, nos termos exatos destacados pela norma penal aplicável, impondo-se o respeito ao princípio da legalidade e seus desdobramentos.

No ordenamento jurídico brasileiro, o lugar ocupado pelo Direito Penal, como “ultima ratio” e o “status” de cláusula pétrea atribuída ao artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal - *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal* - não permitem que o delito seja aplicado com base em analogia, cabendo portanto, a rejeição da denúncia apresentada por falta de justa causa à persecução penal por falta de tipicidade formal, não se enquadrando o jogo de cartas praticado no local e no momento do fatos (jogo de pôquer) na figura prevista no artigo 50, § 3º, "a", da Lei de Contravenções Penais, tampouco na hipótese descrita no referido dispositivo legal, alínea "c", pois não demonstrada a realização de apostas na competição esportiva.

Por conseguinte, não vislumbrando, na hipótese, que o denunciado tenha explorado, em lugar acessível ao público, jogo de azar em que o ganho e a perda dependam exclusiva ou principalmente da sorte, tal como descrito na peça acusatória, tampouco que tenha ocorrido aposta sobre competição esportiva, o que poderia ensejar eventual aditamento à denúncia para a atribuição da contravenção penal, imperiosa se mostra a rejeição liminar da denúncia, haja

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO REGIONAL III - JABAQUARA

1ª VARA CRIMINAL

Rua Afonso Celso, nº 1065, Saúde - CEP 04119-062, Fone:

(11)3489-4131, São Paulo-SP - E-mail: jabaquara1cr@tjsp.jus.br

vista a atipicidade da conduta praticada pelo acusado, evidenciando a falta de justa causa para o início da persecução penal.

Ante o exposto, **REJEITO** a denúncia apresentada em desfavor de FERNANDO CÉSAR MUNIZ, qualificado nos autos, com fundamento no art. 395, inciso III, do Código de Processo Penal, em razão da atipicidade da conduta atribuída ao acusado e a consequente ausência de justa causa para o início da persecução penal.

Certificado o trânsito em julgado da decisão, arquivem-se os autos com as formalidades legais.

P.R.I.C.

São Paulo, 14 de julho de 2021.

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **TÂNIA MAGALHÃES AVELAR MOREIRA DA SILVEIRA**