

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

Recurso

re -

Relator

Cairo Ítalo França David

TEORIA DA ADEQUAÇÃO SOCIAL — SE É APLICÁVEL

EMENTA

75 - JOGO DO BICHO - ESTADO DE NECESSIDADE - TEORIA DA ADEQUAÇÃO SOCIAL DA AÇÃO - PROVIMENTO PARCIAL. - Jogo do Bicho. Materialidade comprovada. A autoria confessada e corroborada pela prova testemunhal. Alegação de: I) Estado de necessidade: II) Ausência de tipicidade face à teoria da adequação social da ação. A excludente do artigo 23, inciso I do Código Penal não se confirmou por ausência dos requisitos legais. Há inúmeros desempregados no nosso País, que não recorrem à prática proibida por lei para sobreviver. A teoria da ação socialmente adequada não se solidificou no nosso meio jurídico e embora consistente de uma certa razoabilidade, só excepcionalmente deve ser aplicada e não é ainda o momento apropriado para a sua incidência em relação à contravenção referida. O acusado é primário e não reincidente como dito na sentença, devendo ocorrer a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de liberdade de direitos na modalidade prestação de serviços à comunidade pelo prazo da sanção. - Recurso da defesa, conhecido e parcialmente provido para este fim. - A materialidade restou demonstrada pelo auto de apreensão e pelo laudo de fls. 29/30. - A autoria foi confessada e plenamente ratificada pela prova testemunhal colhida. - A alegação de estado de necessidade não merece acolhida. - A excludente de ilicitude descrita no artigo 24 do Código Penal, refere-se a uma situação de perigo atual, não podendo ser ampliada para uma carência material permanente. No Brasil, infelizmente há milhões de desempregados, muitos dos quais vivem na economia informal, sem necessitar recorrer a práticas proibidas pela lei. - A nosso ver, "data venia", não se acham preenchidos os requisitos legais da excludente apontada. - Com referência à alegação de atipicidade à luz da teoria da adequação social da ação, devemos observar que esta teoria não ganhou ainda "status" de solidez ou mesmo contornos definidos. - A doutrina vê a ação socialmente adequada ora como excludente da tipicidade, ora como justificante, ora como meio de interpretação da lei, não se sabendo com segurança qual a sua natureza jurídica. - Além disso, apesar do poder público ser o maior patrocinador de jogos de azar no nosso país, não se pode por isso afirmar que o bem tutelado pela norma seja a moral pública e sim o monopólio estatal, no meio jurídico não há consenso, solidez, ou mesmo predomínio de um entendimento majorante de que se deva aplicar à contravenção em tela a teoria da ação socialmente adequada, absolvendo os contraventores. Há decisões isoladas e a maioria dos que militam na área jurídica permanecem positivistas. - Observo que na decisão monocrática foi considerado ser o acusado reincidente, o que, "data venia", foi um equívoco, já que a notícia da condenação ocorreu muito posteriormente ao cometimento da presente infração. E devemos afastar do julgado as restrições que decorreram dessa equivocada reincidência. - Feitas estas considerações voto pelo conhecimento do recurso e seu parcial provimento, tão-só para substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, prestação de serviços à comunidade pelo prazo idêntico ao da sanção afliitiva. Recurso nº 2002.700.0118248-2. Relator: Juiz Cairo Ítalo França David. Primeira Turma Recursal Criminal. Julgamento: 12/11/2002 Cadernos de Jurisprudência. Juizados Especiais. Editora Espaço Jurídico. Março de 2004. Vol. 008. Pág. 83 EMENTÁRIO FORENSE. Agosto, 2005. Ano LVII. Nº 681