

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
CAIO BASSOLI

**LIBERDADE E LIMITES DA COERÇÃO LEGAL NO ÂMBITO DA
MORALIDADE: Análise da proibição dos jogos de azar no Brasil**

Juiz de Fora
2016

CAIO BASSOLI

**LIBERDADE E LIMITES DA COERÇÃO LEGAL NO ÂMBITO DA
MORALIDADE: Análise da proibição dos jogos de azar no Brasil**

Monografia apresentada à
Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de
Fora, como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel sob
orientação do Prof. Dr. Bruno
Amaro Lacerda

**Juiz de Fora
2016**

FOLHA DE APROVAÇÃO

CAIO BASSOLI

LIBERDADE E LIMITES DA COERÇÃO LEGAL NO ÂMBITO DA MORALIDADE: Análise da proibição dos jogos de azar no Brasil

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Dr. Bruno Amaro Lacerda
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Arthur Bastos Rodrigues
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Mateus Henrique Silva Pereira
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, 21 de Julho de 2016

Dedico este trabalho aos meus pais, José Luis e Cidinha, que tornaram possível este momento.

“Sobre seu próprio corpo e mente, o indivíduo
é soberano”

John Stuart Mill

RESUMO

O tema do presente trabalho é a definição de liberdade e dos limites da coerção legal no âmbito da moralidade, utilizando como paradigma o problema da proibição dos jogos de azar no Brasil. O objetivo do estudo é esclarecer os parâmetros de atuação estatal respeitadores da liberdade e independência dos indivíduos tendo como marco teórico a legitimação da coerção que visa coibir somente o dano a terceiros e jamais os danos ao próprio indivíduo, de acordo com o Princípio do Dano desenvolvido por John Stuart Mill. E para isso, define conceitos como dano, coerção e liberdade. O desenvolvimento do estudo se baseia no estudo bibliográfico das obras de Isaiah Berlin, Ronald Dworkin, Herbert Hart, Paul Smith, além da própria obra de Mill, Ensaio sobre a Liberdade. A conclusão depreendida ocorre no sentido de que os indivíduos devem ter autonomia sobre as escolhas que geram consequências somente sobre suas próprias vidas, pois somente assim, serão maximizados o bem-estar social e o progresso da sociedade e o respeito às minorias. Por outro lado, a atuação repressora devem obedecer princípios de proporcionalidade e legitimidade. Assim, no caso em análise, não deve ser permitido o Estado coagir e reprimir a prática dos jogos ilegais, tendo em vista, esta conduta ser inofensiva a terceiros e irrelevante para os valores buscados pela democracia liberal.

Palavras-chave: Liberdade; Coerção legal; Moralidade; Legitimidade; Jogos de azar;

ABSTRACT

The theme of this work is the definition of liberty and the limits of legal coercion in the context of morality, using as a paradigm the problem of the prohibition of gambling in Brazil. The objective of the study is to clarify the parameters of state action that respect the liberty and independence of individuals having as theoretical framework the legitimacy of coercion aimed at curbing only harm to others and never damage to oneself, according to the harm principle developed by John Stuart Mill. Following this conception, define concepts such as damage, coercion and liberty. The development of the study is based on bibliographic study of the works of Isaiah Berlin, Ronald Dworkin, Herbert Hart, Paul Smith, as well as own work of Mill, "On Liberty". The conclusion deduced occurs in the sense that individuals should have autonomy over the choices that generate consequences only on their own lives, for only thus will be maximized the welfare and progress of society and respect for minorities. Moreover, the restraining action must comply proportionality and legitimacy. Thus, in this case, should not be allowed the state to coerce and suppress the practice of illegal gambling, considering this conduct harmless to others and irrelevant to the values sought by liberal democracy.

Keywords: Liberty; Legal Coercion; Morality; Legitimacy; Gambling;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 LIBERDADE	11
1.1 Dicotomia conceitual da liberdade.....	11
1.2 Liberdade como independência.....	16
1.3 Princípio da autonomia pessoal.....	17
2 LIMITES DA COERÇÃO LEGAL	19
2.1 Legitimidade coercitiva do Estado.....	19
2.2 Causas de justificação da violência coercitiva.....	20
2.3 Dano.....	23
2.4 Danos a si mesmo.....	24
3 PROIBIÇÃO DOS JOGOS DE AZAR NO BRASIL	29
3.1 Histórico da proibição e legislação.....	29
3.2 Análise da danosidade dos jogos.....	31
3.3 A liberação sob as perspectivas liberais.....	33
CONCLUSÃO	35
REFERÊNCIAS	36

INTRODUÇÃO

O presente estudo apresenta como tema a liberdade e os limites da coerção legal no âmbito da moralidade com enfoque no estudo de caso da proibição dos jogos de azar no Brasil.

No atual contexto social, mas desde longo período, a tendência do modelo político adotado pelo Estado tem sido altamente interventor, interferindo nos mais diversos aspectos dos hábitos e comportamentos dos cidadãos, reduzindo a esfera de autonomia pessoal dos indivíduos.

Tendo isso em vista, tem-se como objetivo nesta monografia a discussão sobre quais limites a coerção estatal deveria obedecer para constituir um modelo político realmente livre e gerador de independência dos indivíduos, focando-se no caso específico da vedação aos jogos de azar, que representa importante exemplo de conduta socialmente reprovável por diversos setores sociais, mas que no entanto, não deveria demandar esforços governamentais em sua repressão.

Na busca do objetivo proposto serão discutidos e aprofundados os conceitos de liberdade, coerção e dano; aspectos estes, fundamentais para a formulação de limites sobre a atividade estatal. Por fim, estabelecidos os critérios e modelos que mais se coadunam com o viés proposto, será esclarecida a irrelevância do caso em questão para atividade punitiva e legiferante do Estado.

A importância do presente estudo, surge da necessidade de superarmos o modelo de Estado que interfere ativamente nos mais íntimos interesses dos indivíduos sem quaisquer fundamentações racionais e critérios de proporcionalidade. E que conseqüentemente, contribui para a imposição de padrões de vida dos setores dominantes sobre os demais, impede o progresso pleno da sociedade, a discussão e ocupação dos espaços públicos pelas minorias e diminui a percepção de bem-estar social entre a maior parte da população. Torna-se o Estado um órgão replicador de violência institucional e mantenedor de um consenso induzido pela coerção, que na realidade, tem como objetivo somente a imposição de valores dominantes das classes privilegiadas e de maior representatividade.

A monografia será embasada por pesquisa bibliográfica, com a leitura e ordenação de autores liberais como Isaiah Berlin, Ronald Dworkin, Herbert Hart, Paul Smith e terá como referencial o Princípio do Dano de John Stuart Mill, desenvolvido pelo autor em sua obra Ensaio sobre a Liberdade, o qual legitima a coerção estatal somente sobre as condutas dos indivíduos que possam gerar danos a terceiros, jamais possibilitando a intervenção na autonomia pessoal fundada somente no bem do próprio agente da conduta.

Por fim, o estudo será dissociados em três capítulos que versarão sobre o conceito de liberdade, o segundo, sobre os limites da coerção legal estatal, e por último, capítulo específico para o estudo de caso, que permitirá a conclusão da problemática em torno do tema discutido.

1 LIBERDADE

1.1 Dicotomia conceitual da liberdade

No presente trabalho, pretende-se analisar o caso específico da proibição dos jogos de azar no Brasil, porém a real problemática por trás desta questão se refere aos limites sob os quais o Estado poderia coagir para interferir na autonomia e limitação moral dos indivíduos. Apesar de especificado dentro de um amplo arcabouço que o tema se refere, este é somente um dos desdobramentos do princípio da liberdade, o qual necessariamente desenvolverei neste capítulo, visando mais ampla compreensão do tema e desdobramentos conclusivos que possam ser buscados ao longo do estudo.

Tendo em vista o foco de nosso estudo, importante reflexão seria compreender o próprio conceito do princípio da liberdade, que muitas significações adquire. Conforme Isaiah Berlin (1989) dentre os vários sentidos buscados para o significado de liberdade, haveriam duas acepções de destaque, que poderiam ser chamadas de liberdade "negativa" e "positiva". A primeira se refere a compreensão de que, "alguém é livre na medida em que nenhum outro homem ou nenhum outro grupo de homens interfere nas atividades desse alguém" (Berlin,1989, p.136), desta forma, a liberdade seria o âmbito de liberdade de atuação do indivíduo o qual não sofressem limitações externas de outros indivíduos, necessariamente, pois, aspectos como limitações naturais das capacidades do indivíduo, não poderiam ser utilizados na argumentação de que este está sendo reprimido. A liberdade conforme este critério seria a não-interferência de terceiros nos limites de liberdade do indivíduo. No entanto, segundo esta compreensão de liberdade, esta não poderia ser ilimitada, pois se levada aos extremos poderia criar a possibilidade dos indivíduos interferirem na esfera de liberdade de terceiros, o que, mesmo parecendo contraditório, restringiria a liberdade.

O conceito de liberdade "negativa" (Berlin,1989) coaduna-se desta forma, a compreensão de John Stuart Mill (1963) sobre o que denominou o Princípio do Dano, e que como descrito acima, entende que a liberdade atingida pelo indivíduo se mede de acordo com a sua liberdade de autonomia nas suas escolhas: quanto mais livre pra agir sem a intervenção de terceiros, mais liberdade será adquirida, e que a única intervenção externa admitida seria aquela com o intuito de impedir o abuso na restrição da liberdade de terceiros, conceitos que se depreendem do trecho de seu ensaio sobre a liberdade:

O único propósito com o qual se legitima o exercício do poder sobre algum membro de uma comunidade civilizada contra a sua vontade, é impedir dano a outrem. O próprio bem do indivíduo, seja material, seja moral, não constitui justificação suficiente. O indivíduo não pode ser legitimamente ser compelido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, porque tal seja melhor para ele, porque tal o faça mais feliz, porque, na opinião dos outros, tal seja sábio ou reto. (Mill, 1963, p.33)

Neste contexto, assim, como delimitado por Mill pelo princípio do dano, os liberais "negativos" tendem a preservar sempre uma área mínima de liberdade pessoal, buscando-se tutelar a natureza individual dos indivíduos. Jefferson Burke, Paine e Mill, entre outros desta vertente, apesar de se dissociarem nos critérios, desenvolveram teorias em torno destes limites de intervenção e não propriamente na vedação da intervenção sobre a liberdade dos indivíduos (Berlin, 1989, p.139). O Princípio do Dano não trata nada mais do que mais um destes critérios limitativos da intervenção.

Como Berlin (1989, p.138) recorda, apesar das vertentes liberais ocidentais muitas vezes alçarem a liberdade como princípio máximo para todos os indivíduos, em muitos casos isso transparece equivocado, pois apesar de nossa cultura ocidental considerar primário este princípio, em muitas outras sociedades a liberdade encontra-se em equivalência e até mesmo em inferioridade em detrimento de outros princípios e valores, como a paz, justiça, fraternidade, etc.

Apesar deste argumento de muita razão de Berlin, refutando o caráter absoluto da liberdade em detrimento de outros direitos, como citado anteriormente, somente atesta que, de fato, a liberdade não pode adquirir traços anárquicos e ilimitados, devendo ser valorada de acordo com outros princípios e interesses sociais. No entanto, compreendendo que jamais pode ser utilizado para a supressão de uma esfera mínima de liberdade do indivíduo na busca de algum bem-estar social que possa ser justificado com base em outros princípios de valor supostamente superiores. O que nos faz retomar o ideal de Mill, ao refutar que o indivíduo possa ser compelido a fazer algo somente porque isto seja melhor para ele com base em opiniões externas. Isto pode ser analisado via analogia quando o Estado elegendo alguns princípios superiores a liberdade, obriga os seus cidadãos a tomarem determinadas condutas em prol deste bem, desconsiderando os seus direitos individuais mais íntimos.

Partindo-se para o outro conceito de liberdade delineado por Berlin, conforme explanado anteriormente, há o conceito de liberdade "positiva", que se trata daquele no qual o indivíduo é seu próprio amo e senhor, e que suas decisões dependam somente deste e não de outros homens, no qual o indivíduo jamais pode ser objeto (Berlin, 1989, p.142). Nesta concepção a liberdade não se funda somente na liberdade de escolha dos indivíduo de forma pura. Esta

compreensão leva em conta fatores que o conceito "negativo" deixa de lado, como fatores como a ignorância e as paixões, que seriam desejos inferiores dos indivíduos e que os cegam em suas atitudes, e assim, como outros homens, os escravizam, a partir do momento que fogem ao controle do indivíduo e não necessariamente os fazem bem (Berlin, 1989, p. 143). Da mesma forma, fatores externos poderiam influenciar de forma negativa as escolhas dos indivíduos, tornando as supostas livres escolhas assumidas pelos agentes em decisões insensatas e sem uma liberdade real. Assim, os homens somente seriam livres caso pudessem se esquivar destes impulsos alienadores, o que acaba nos levando a conclusão de que a coação que restringisse estes comportamentos estaria de acordo com os princípios da liberdade. O que se nota pelo trecho do Quatro Ensaio sobre a liberdade:

Mas o que propicia a esse tipo de linguagem a plausibilidade que ela tem é que reconhecemos que é possível e algumas vezes justificável coagir homens em nome de algum objetivo (digamos, justiça ou bem-estar público) que eles mesmos perseguiriam se fossem mais esclarecidos, mas não o fazem pelo fato de serem cegos, ignorantes ou corruptos. Isso faz com que para mim seja fácil conceber-me como coagindo outros em seu próprio benefício, em seu próprio interesse, e não em meu interesse. (Berlin, 1989, p.143)

Berlin (1989, p.143), informa que os impulsos poderiam ser dissociados em dois egos, o "superior" e o "inferior", o primeiro referente ao ego verdadeiro, mais nobre, espiritualmente superior do indivíduo e de satisfação a longo prazo, podendo adquirir caráter mais amplo que do indivíduo, sendo grupo que ele constitui, sendo o Estado, como exemplo. Assim, com base nestas conclusões, depreendendo-se que o Estado constituiria parcela do ego verdadeiro do indivíduo, sendo detentor dos valores mais valiosos que poderiam ser buscados pelo indivíduo, este poderia intervir na esfera individual de liberdade dos cidadãos, buscando a sua real emancipação, e desta forma, a coerção e intervenção nos limites de liberdade do indivíduo pelo Estado estariam justificadas em defesa da liberdade.

No entanto, este conceito de liberdade "positiva" falha ao não levar em conta que a compreensão do que é melhor para o indivíduo quase nunca é única, Berlin (1989, p. 151) demonstra que os defensores desse viés buscaram justificativas racionalistas, nas quais seria possível ao Estado por meio da racionalidade compreender o que é melhor, e os governados por terem, do mesmo modo, entendimento sobre o que é prescrito seriam voluntariamente coordenados. Porém esta visão desconsidera a utopia que seria encontrar um único termo que poderia ser solução para os conflitos individuais. No fim, os ideais que passam a ser angariados pelo Estado como mais

racionais, refletem somente o interesse daqueles que detêm o poder, e que por avaliarem em suas perspectivas individuais, consideram as suas condutas as mais sensatas dentro das possíveis.

Conclusão que nos remete à passagem do Ensaio para a liberdade de Mill (1963), no qual este demonstra a deslegitimação do poder estatal na imposição das condutas moralmente mais aceitáveis, ou como descrito anteriormente, mais racional:

O "povo" que exerce o poder não é sempre o mesmo povo sobre quem o poder é exercido, e o falado "self-government" não é o governo de cada qual por si mesmo, mas o de cada qual por todo o resto. Ademais, a vontade do povo significa praticamente a vontade da mais numerosa e ativa parte do povo – a maioria, ou aqueles que logram êxito em se fazerem aceitar como a maioria (Mill, 1963,p. 25).

Com base na instituição da liberdade "positiva", o déspota passa a se promover como guardião dos valores supremos e que os demais indivíduos supostamente não tem capacidade de atingir, se permitindo suprimir as liberdades do indivíduo, sem o seu consentimento (Berlin, 1989, 156).

A tendência política cada vez mais forte em querer limitar a liberdade se justificando pelo próprio bem do cerceado se fundamenta em Estados cada vez mais paternalistas, que após o auge do Estado de bem-estar social passaram a assumir relações protetivas sobre os indivíduos. O Estado prescreve modelos de vida e condutas a serem tomadas sobre alegadas vulnerabilidades que o ser humano sofreria e a concepção de que este não teria maturidade o suficiente para gerir a sua vida. De fato, muitas das condutas e regramentos impostos pelos Estados colidiram com um bem-estar da maioria da população, mesmo que sob um viés utilitarista.. No entanto, ainda que estas normas tenham trazido em maior ou menor medida algumas melhorias pontuais na vida em sociedade, quando instituídas elas quase sempre desconsideraram os ônus impostos às pessoas como um todo, e por outro lado, somente levam em consideração a opinião daqueles grupos que conquistaram representatividade política na instituição das leis.

Tendo em vista a tendência ao autoritarismo que a defesa à liberdade "positiva" tende a se conduzir, por desconsiderar o pluralismo existente entre os indivíduos e as várias concepções do que é certo, como descrito por Berlin (1989), compreendo que ao contrário do que se busca, esta tende a violar a liberdade em vez de fortalecê-la. Isto, pois, naturalmente, a concepção dos grupos dominantes com o tempo passam a conquistar os centros de poder e elevar suas próprias escolhas e concepções ao padrão considerado mais aceitável, racional e correto. Mill não encontra grandes

diferenças entre a tirania da maioria e as demais tiranias, que ultrapassa as atividades dos homens além das fronteiras da vida privada (Berlin, 1989, p. 164).

Na tirania da maioria, grupos que se auto impõem superioridade tendem a compreender os demais grupos como inferiores moral e intelectualmente de forma a justificar sua suposta superioridade pela imposição dos seus próprios hábitos e comportamentos. Não foram raras as vezes nas quais os grupos de maior representatividade impuseram aos mais vulneráveis normas que, teoricamente, buscariam o seu bem, mas que por trás de suas justificativas somente refletiam expressões racistas ou preconceituosas. Como exemplo, podemos citar a leis que ao longo do século passado limitaram os direitos individuais das mulheres e impuseram a figura paterna ou masculina como seu real protetor, se justificando na vulnerabilidade daquelas. Durante a vigência destas normas fazia-se crer que a mulher, incapaz de se auto gerir, defender seus interesses, precisaria ter sua vida delineada pelo homem e pelo Estado. Com o tempo, restou-se confirmado que estas posições somente refletiam uma visão preconceituosa e opressora masculina, que ao deter o poder, se autopromovia a um status superior de maturidade e permitia a perpetuação daquele sistema de privilégios masculinos.

Esta constatação contraria a lógica do sentido "positivo", se coaduna com o proposto por Isaiah Berlin, que considera a existência de um pluralismo de ideias e que sob a medida da liberdade "negativa" acredita haver um parâmetro mais livre e mais verdadeiro do que o ideal de autodomínio positivo por grupos coletivos (Berlin, 1989, p.169). O fundamento desta crença surge da concepção de que as ideias entre os indivíduos são tão múltiplas e divergentes que seria impossível instituir um padrão único que pudesse angariar da melhor forma possível os interesses e as resoluções de conflitos, considerando ainda que não há somente uma única via de solução para as divergências. Em muitas situações simplesmente há dois caminhos ou mais a serem seguidos e isso não evidencia qual deles deva ser tomado. No final das contas há muitas ideias e escolhas de vida mensuráveis e valiosas, no entanto, é utópico acreditar que isso poderá ser centralizado e harmonizado dentro de uma estrutura de poder coercitiva e que estaria inerente às deturpações de vontade que ocorrem nas relações de poder.

Como já explanado, a liberdade "negativa", cria ambientes nos quais a conquista de outros princípios pelo povo, que não sejam a liberdade, não possuem a mesma eficácia devido a ausência da intervenção estatal na imposição de normas morais individuais. Pois, o Estado ao restringir seu poder diminui sua capacidade de interferir com máxima eficácia em busca de outros princípios como fraternidade, paz e justiça social, e que muitas vezes são tão valiosos aos indivíduos como a liberdade. No entanto, apesar desta conseqüente perda de outros direitos em detrimento da liberdade, este viés impede que os indivíduos tenham a supressão por completo de

suas liberdades individuais. Deve-se considerar ainda que, mesmo que o Estado esteja empenhado em busca de outros princípios valorosos para a ordem social, não necessariamente estará. Muito possivelmente ele somente coagirá terceiros em prol de benefícios e concepções individualizadas dos grupos que possuem maior poder e o compõem.

Por fim, defendendo a tese de que o princípio de liberdade "negativo" é mais humano e mais verdadeiro (Berlin, 1989, p. 168) em contraposição ao viés "positivo" como se pode militar em prol do sistema democrático que, teoricamente, induz a ditadura da maioria veementemente rejeitada pela tradição liberal? Constant, Mill, Tocqueville e demais liberais, defendem que a sociedade democrática deve ser tutelada por dois princípios: que jamais o governo poderá ser absoluto, restando sempre uma hipótese do indivíduo se negar a agir conforme os parâmetros imorais e que todo indivíduo possua uma carga de direitos que sejam invioláveis, identificáveis pelos direitos individuais (Berlin, 1989, p. 165), tão presentes nas constituições ocidentais em seu grau máximo de hierarquia normativa.

1.2 Liberdade como independência

A defesa do princípio da liberdade "negativo" como defendido até aqui não deve ser confundida com a defesa de um Estado anárquico, que se torna impedido de atuar na esfera de seus indivíduos. Deve-se compreender este sentido de liberdade sobre aquelas escolhas individuais morais que não possuam relevância para o coletivo, e que se referem somente a opções de vida individuais sobre as quais o Estado passaria a assumir o papel de tutor dos seus cidadãos.

Para a exata compreensão desta tema, é necessário distinguir dois outros conceitos de liberdade:

Não faz distinção entre a idéia de liberdade como licença, isto é, o grau em que uma pessoa está livre das restrições sociais ou jurídicas para fazer o que tenha vontade, e a idéia de liberdade como independência, isto é, o status de uma pessoa como independente e igual e não subserviente (Dworkin, 2010, p. 404).

A ideia de liberdade por trás do Princípio do Dano se refere à ideia de liberdade como liberdade de independência, ou seja, aquela que permite restrições na esfera de liberdade de licença do indivíduo visando a vedação do mal a terceiros (Dworkin, 2010, p. 405). E a promoção da independência, assim, defendida, perpassa pela dimensão de igualdade, pois o indivíduo que não tenha ambiente político que permita igualdade de respeito tem menos liberdade que os demais.

Desta forma, para a construção de um ambiente realmente livre, devemos partir do pressuposto que os indivíduos deverão possuir um nível de igualdade que os permita agir de acordo com suas faculdades.

Um país que possui desigualdade social extrema torna o poder entre seus indivíduos desigual, e assim, restringe a esfera de liberdade destes diante dos demais. Para a conquista de uma equiparação suficiente a permitir escolhas livres o Estado poderia incentivar ou atuar em prol da igualdade social. Não é contra este tipo de atuação e restrição que Mill argumenta contrariamente. Mill reprova aquela restrição de liberdade que vise atingir a esfera individual que não possui qualquer relevância para a conquista do direito de terceiros e que não ofendem e nem agridem qualquer classe ou indivíduo, justificada somente na suposta incompetência dos indivíduos de se auto gerir (Dworkin, 2010, p. 406).

Sob este viés, o Estado não deve ser privado de atuar em prol de princípios norteadores da sociedade ou reduzido a simples imposição legal de normas que vedem condutas que influenciem diretamente terceiros. Leis que ordenem a economia de forma a conciliar o interesse dos variados indivíduos e promovam maior ambiente de igualdade, assim como leis que impeçam o homicídio, desta forma, não violam a liberdade. Elas são aptas a garantir a liberdade como independência dos indivíduos e são exatamente aquelas que possibilitam o sujeito expressar suas vontades sem interferência de terceiros, uma vontade real, jamais subordinando terceiros quando seus interesses não estiverem em questão.

Contudo, educar os homens para aceitar os objetivos da sociedade é educá-los a aceitar as restrições à licença, com vistas ao respeito pelos interesses dos outros, e não para subordinar a própria personalidade dos educandos quando estes interesses não estiverem em jogo (Dworkin, 2010, p. 407).

Deveriam ser vedadas, assim, somente aquelas interferências que proclamam o ente estatal como responsável por decidir por seus cidadãos quais são os melhores modos de vida a serem seguidos ou possuidores de maior moralidade, como a proibição dos jogos de azar, que em nada contribuem para o desenvolvimento pessoal e coletivo e garantia de direitos.

1.3 Princípio da autonomia pessoal

O princípio do dano desenvolvido por John Stuart Mill (1963) quando analisado de forma mais ampla simboliza um desdobramento de outro princípio liberal de relevância. A possibilidade do indivíduo eleger quais são os melhores hábitos e padrões de vida mais adequados a sua realidade e a vedação ao Estado em impor modelos de virtude pessoal se referem ao Princípio da autonomia pessoal. Ao ser estabelecido limites sobre o âmbito intervenção do Estado sobre os indivíduos se garante ao mesmo tempo uma margem de autonomia nas escolhas do cidadão, desta forma, permitindo o autogoverno deste sem ser incomodado pela tendência de imposição de padrões do Estado. Assim, o fim almejado do princípio do dano é a garantia da autonomia do indivíduo que, segundo a concepção mais liberal, passa a ter capacidade de progredir com muito mais eficácia em um ambiente livre de ideias e no qual serão maximizadas as experiências individuais, ainda que elas não sejam as mais bem eleitas dentro dos modelos morais dominantes. O ensaio sobre a liberdade trata-se exatamente disso, da justificação da liberdade ampla de atuação e decisão individual, buscando-se o progresso social coletivo em sua maior amplitude, o que esclarece o viés utilitarista de Mill, que entende que somente a ampla esfera de autonomia possibilita um desenvolvimento da sociedade e do bem-estar social máximos (Berlin, 1989, p. 140).

Pela visão liberal, "o Estado (bem como os indivíduos privados) não podem interferir na escolha e realização desses ideais e planos, limitando-se ao desenho das instituições que facilitam a realização individual dos mesmos de modo a evitar interferência mútua" (Santiago Nino, 2011, p. 177). Ou seja, sob este viés a função da coerção estatal se resumiria a impedir que os entes privados interferissem uns aos outros de forma prejudicial, buscando em sua essência a maximização do poder das escolhas individuais, sob as quais supostamente o indivíduo teria oportunidade de otimizar o seu desenvolvimento pessoal.

As questões morais as quais somente digam respeito o indivíduo, que esteja ligada ao seu íntimo e não comprometam a esfera de liberdade e independência de terceiros, jamais poderia ser coagida e reprimida, somente ideias e o consenso poderiam ser utilizados para a garantia de seu convencimento do melhor caminho a ser seguido. Assim, o papel do direito passa a ser a garantia da liberdade e independência dos indivíduos nas suas escolhas múltiplas que podem ser seguidas e jamais a imposição de ideais dominantes, ou pelo menos mais representativos na sociedade democrática.

2 LIMITES DA COERÇÃO LEGAL

2.1 Legitimidade coercitiva do Estado

Quando se busca tratar de questões em torno dos limites que devem ser obedecidos pela coerção legal estatal para impedir um sistema desarrazoado e prejudicial aos indivíduos devemos levar em conta dois fatores preponderantes: em primeiro lugar devemos considerar a violência que qualquer sistema coercitivo impinge a seus subordinados, destacando neste ponto o problema que poderíamos encarar como causas de justificação. Deve-se encarar até quais limites a violência praticada pelo Estado na imposição de normas se justificaria e até qual nível as intervenções se justificam sob um viés de proporcionalidade e utilidade social para o coletivo; Em segundo lugar, qual o nível de legitimação o Estado poderia atingir perante os indivíduos para justificar a sua intervenção na supressão das liberdades individuais e submetê-los as suas normas, sem caracterizar um regime tirânico e opressor.

Desenvolvidos os conceitos norteadores do ideal de liberdade e delineada as possibilidades de intervenção estatal na moralidade individual, desdobra-se qual seria a justificação para a ação violenta do Estado, ou mais especificamente, qual seria sua legitimidade.

Considerando que somente é possível ao Estado intervir no íntimo moral dos indivíduos visando impedir danos a terceiros e a supressão da independência dos demais, fica constatado que seria ilógico permitir uma atuação estatal que buscasse causar danos a terceiros e suprimir a independência dos indivíduos. O mesmo Princípio do dano que limita a esfera de atuação dos privados, limitaria a atuação do poder público, que não poderia utilizar dos recursos que detém para coagir os indivíduos em prol dos vieses dos detentores de maior representatividade política.

Dentro deste posicionamento, o governo eleito democraticamente passa a vislumbrar as mais variadas formas de intervenção para reprimir danos entre os sujeitos e possui legitimidade para tais atos, desde que agindo com proporcionalidade, que é quesito de sua legitimidade e atuando sobre os delineamentos dos princípios que tutelam a liberdade individual e impedem a existência de um Estado absoluto, como já explanado no capítulo anterior.

A questão da imposição de limites sobre a autoridade estatal está muito interligada a sua legitimidade, pois não se questiona que é necessário um sistema coletivo que harmonize os plúrimos interesses individuais conflitantes e a necessidade de cooperação para um melhor desenvolvimento da sociedade. No entanto, somente se diferencia um governo da maioria e um governo tirano a partir do momento que o Estado sofra limitações sobre a restrição de liberdade de seus indivíduos. "Percebeu que o principal problema para os que desejam liberdade individual

"negativa" não é quem controla essa autoridade, mas sim quanta autoridade é depositada naquele par de mãos." (Berlin, 1989, p. 164). Isto, pois, o Estado ao mesmo tempo que é instrumento para desarmar os grupos mais fortes diante dos mais fracos, pode servir como ente opressor ou defensor destes grupos de maior destaque. Somente um Estado que atue conforme interesses realmente coletivos, e dentro destes não estão as prescrições de escolhas de vida dos indivíduos, pode-se haver um sistema realmente justo e livre.

Quando os liberais defendem a necessidade de um sistema que gera direitos invioláveis aos sujeitos (Berlin, 1989, p.165), está na verdade delimitando a margem de atuação individual que cabe a cada indivíduo considerado em si mesmo, e não diz respeito aos demais. Questões como a desigualdade social ou o sistema educacional se referem aos interesses coletivos e deverão ser tutelados e ordenados pelo Estado, no entanto, questões como opção sexual dos indivíduos ou ao tipo de vida pessoal que estes devem levar, dizem respeito somente a estes, e deverão permanecer numa área de liberdade inviolável pelo Estado, independente das justificações. O indivíduo ao eleger seus governantes busca cooperação e desenvolvimento coletivo, porém não almeja se tornar escravo deste sistema perdendo todos os traços de sua individualidade. Esta compreensão nos leva a tutelar direitos como da inviolabilidade do domicílio, privacidade, liberdade profissional, entre outros, e a maior parte dos sujeitos compreende que de fato estes interesse não devem ser moralmente manipulados pelo governo.

Os indivíduos ao abrirem mão de sua capacidade de autotutela e constituírem o monopólio da força nas mãos do Estado buscam emancipação e equiparação entre os indivíduos, e essa conclusão por si só, já nos leva a crer que qualquer ente estatal que busque se impor diante dos mais fracos violará justamente as regras de sua justificação, tornando a sua existência inaceitável. O indivíduo não busca se desfazer da submissão que sofre no ambiente anárquico para gerar um Estado democraticamente eleito que o submeta e o oprima. A escravidão será a mesma conforme entendia Benjamin Constant (Berlin, 1989, p. 164).

O papel do Estado e o seu Direito imposto ao manter como finalidade a pacificação e a geração de cooperação entre os interesses privados num todo coletivo, se impede de justificar medidas que potencializem danos e conflitos e que gerem a imposição de ideais particulares de alguns grupos sobre outros.

2.2 Causas de justificação da violência coercitiva

Vamos nos ater neste momento, ao outro aspecto relevante levantado no início deste capítulo que se refere ao problema de justificação da violência empregada na coerção legal estatal. A coerção estatal se desmembra em outras duas vertentes:

Apresenta dois diferentes mas inter-relacionados aspectos. Um, a punição efetiva do delinquente. Isso, caracteristicamente, envolve privá-lo da liberdade deambulatoria, da propriedade ou da convivência com a família e os amigos; envolve sujeitá-lo ao castigo físico ou, eventualmente, à morte. Tudo isso são fatos que são aceitos por se entender errado infligir a outros, sem uma causa especial, qualquer castigo, e assim agem todas as sociedades desenvolvidas, baseadas no Direito e na Moral. Usando as possíveis palavras de um jurista: ou as condutas se revelam irrelevantes ou sobre-restam como passíveis de sanções, por se constituírem delitos ou transgressões. O segundo aspecto da pressão legal se exerce contra os que jamais agem contrariamente ao Direito, mas, ainda assim, são constrangidos à obediência, em face da ameaça genérica de punição legal (Hart, 1987, p. 47).

Uma das vertentes é o aspecto punitivo, representado pela punição dos infratores das normas vigentes, que envolve o transporte compulsório dos destinatários, agressões físicas, cerceamento de liberdade e até mesmo a morte, mesmo em casos nos quais não se admite a punição capital, pois em última instância, na qual o delinquente não cumpra com os mandamentos, e reaja com violência, as forças policiais serão obrigadas a agir com violência, ocasionando até o óbito, em *ultima ratio*. E é nesta ideia que devemos nos apegar, o Estado, mesmo que em última medida, torna possível a utilização do homicídio para o cumprimento de suas ordens.

Muito se diz que as penas capitais foram deixadas de lado em grande parte dos Estados mais modernos, no entanto, somos obrigados a concluir que mesmo que o descumprimento dos mandamentos estatais sejam os mais simples possíveis, como o não pagamento de um tributo, o governo para fazer com que os contribuintes cumpram a obrigação, cria uma ameaça real de coação violenta que poderia nos levar à morte.

Numa situação hipotética em que conjuntos representativos de pessoas começassem a se organizar de forma a deixar de cumprir suas obrigações tributárias por definitivo, e esses grupos passassem a adquirir força e legitimidade perante os seus integrantes, o Estado seria obrigado a reagir com violência para a manutenção da ordem e autoridade de suas normas, ocasionalmente

ocorrendo a morte de alguns desses rebeldes diante da ação violenta policial. O exemplo citado, demonstra que apesar de não se refletir de forma direta como parece ser, o Estado sempre que cria suas normas está disposto a atingir graus máximos de violência, até mesmo o seu maior – a morte – para fazer cumprir seus mandamentos. À vista disso, antes da instituição de qualquer tipo de norma estatal, deveria ser refletido se os indivíduos estariam dispostos a matar uns aos outros, mesmo que em último recurso, simplesmente com o intuito de fazer vigorar este dispositivo. Em caso negativo, há indicativos de que essa lei pode ser mais prejudicial do que a finalidade combatida, tornando-a injusta. Ou seja, diante do aspecto punitivo deve sempre vigorar uma ponderação de razoabilidade e proporcionalidade sobre os meios violentos empregados e o fins buscados, deixando de lado as normas que não justifiquem com seus fins as agressões e conflitos gerados pelas suas consequentes sanções de descumprimento.

A outra vertente restante, desenvolvida (Hart, 1987, p. 47), é a violência que é empregada contra os indivíduos que nunca violam as normas descritas pelo governo, mas, mesmo assim, sofrem grandes consequências devidas à atividade opressora. Pois, a grande maioria das pessoas passam a se adequar às normas por terem consciência da violência que será aplicada contra elas, caso se desvirtuem, e devido à intimidação preferem não confrontar o Estado que é mais poderoso e possui o monopólio da força. É muito comum encontrarmos pessoas que repugnam as normas estatais, muitas vezes a maioria, no entanto, parte mínima delas estará disposta a contrariar essas regras em algum momento de suas vidas. Assim, mesmo sem infligir qualquer tipo de dano físico aos governados, o governo cerceando o direito de livre escolha de seus cidadãos impede que estes conduzam suas vidas da forma que mais os satisfazem e trazem experiências agradáveis, impedindo que eles tenham uma satisfação plena e felicidade em suas vidas. Deve-se considerar ainda, que isso somente é possível com a instituição do medo punitivo, que por si só já gera sofrimento e restrição a uma possibilidade de vida plena. Infelizmente, uma das maiores expressões deste tipo de sofrimento, foi vivenciado pelos homossexuais em quase todos países, e ainda hoje é realidade em alguns locais, que é o impedimento de assumirem e manterem suas relações afetivas e sexuais por meio de leis estatais fundadas em questões morais. Restrições de simples vontades e hábitos irrelevantes ao coletivo já induzem indivíduos a algum tipo de sofrimento, com esta questão em foco, reflete-se quais são os efeitos destrutivos sobre a personalidade, vivência e emocional de alguém que sofre coerção para reprimir seus impulsos naturais, como o sexual, e que em nada se ligam a atividades de delinquência, que deveriam ser as reais destinatárias de sanções.

O Estado ao monopolizar a atividade violenta e repressora se fundamenta em princípios de não-violência e preservação dos indivíduos, que contrariam claramente, uma postura danosa, ao permitir que sejam gerados mais danos com a sua conduta opressora do que o dano o qual busca

evitar. Considera-se ainda, que em muitas destas atividades, justamente aquele que supostamente seria tutelado pela norma, passa a ser aquele que sofre prejuízos inestimáveis com a ação irresponsável do governo. Um dos grandes casos em evidência é o combate ao uso de drogas, que se justifica na tutela dos usuários e proteção dos mais vulneráveis aos seus efeitos, e que, infelizmente, ao criminalizar e reprimir estes a quem prometeu defender gera danos muito maiores do que as drogas poderiam gerar por si só.

Por fim, desconsidera-se ainda os estigmas e a exclusão que são geradas sobre os transgressores de normas quando ocorre a imposição coercitiva. Estes supostos delinquentes passam a ser encarados numa perspectiva marginal no tecido social. A maior parte da sociedade, ao eleger seus governantes e acreditar nas normas instituídas por estes, passam a segregar e não aceitar aqueles que passam a transgredir e não aceitar este sistema, que supostamente, detém o consenso e prevê o bem-estar social.

2.3 Danos

A partir da adoção do Princípio do Dano, passa a ser precípua a definição do que seria o dano considerado, que justificaria a conseqüente ação estatal. Torna-se extremamente difícil aferir quais seriam os limites e conceitos do dano, partindo-se do pressuposto que estes são termos subjetivos e variam conforme indivíduos e sociedades. Apesar de John Stuart Mill acreditar que seriam vedadas condutas que prejudicassem terceiros, não delimitou claramente quais seriam as definições específicas de dano. E a partir do momento que, encaramos danos somente como prejudicar o interesse de pessoas, muitas ações que não deveriam ser alvo de restrições passam a se enquadrar neste modelo.

Assim, "apenas atos prejudiciais moralmente errados podem ser justificadamente proibidos por lei" (Smith, 2009, p. 92). Aqueles danos que possam ser justificados com base em outros princípios relevantes podem ser permitidos, como por exemplo a legítima defesa, quando o cidadão passa a ter permissão de agredir fisicamente terceiros, justificado pela tutela de seu próprio direito violado. Constata-se, desta forma, que a imposição de um modelo baseado no princípio do dano não se abstém de impor um modelo moral sobre a atividade individual. Somente impõe normas morais que fortalecem o estado de autonomia e independência do indivíduo, pois valorar princípios como a competição justa ou o direito de proteger o seu lar, é tutelar a própria esfera de autodomínio do indivíduo.

Ao contrário do que busca uma imposição moral de hábitos irrelevantes para o coletivo, como a liberdade religiosa individual ou liberdade sexual, a difusão moral de princípios

emancipadores e liberais na esfera de atuação dos indivíduos mais vulneráveis fortalece seu âmbito de liberdade. Alguém não poderia alegar que está sendo reprimido por não possuir a liberdade de reprimir terceiros.

Por outro lado, o entendimento de que somente os danos moralmente injustificáveis a terceiros são refutados não quer dizer que os indivíduos serão somente proibidos de praticar determinadas condutas, pois "Para Mill, então, tanto a ação como a falta dela causam danos injustos e sujeitos a proibição" (Smith, 2009, p. 93). A omissão apesar de surgir da abstenção de condutas, pode gerar, assim como uma atitude positiva um dano a terceiro, e que não seria justificado moralmente. Poderíamos usar o exemplo da pessoa que é intimada pelo tribunal a comparecer em juízo e testemunhar alguma conduta que viola a liberdade de terceiro, neste caso, se a pessoa se abstivesse de contribuir com o deslinde da justiça, violaria o próprio direito do ofendido de ter sua liberdade tutelada.

Por fim, na aferição do que é dano, além destes elementos anteriormente descritos, mas não escapando do viés de proporcionalidade da coerção estatal, os legisladores que passam a ser responsável pela instituição das normas de repressão deveriam levar em conta a gravidade do dano que visam coibir, sua probabilidade e o valor da atividade de risco (Smith, 2009, p. 93). Pois, mesmo que o dano ocorra e se enquadre nos padrões moralmente reprováveis, a conduta pode muitas vezes não justificar uma reação custosa e violenta do Estado.

Em contrapartida, mesmo assuntos relacionados a liberdade de expressão e opinião poderiam ser reprimidos sob este viés, pois apesar da expressão de uma opinião aparentemente se revelar pouco danosa, há casos em que devido a grande exposição da sustentação oral ou até mesmo a sua carga histórica de violência faz a expressão adquirir capacidade de dano extremamente danosa a terceiros. Quando uma pessoa pública faz qualquer tipo de declaração racista, o valor histórico e as referências de violência que isto possui, a sua grande incidência em nossa sociedade, o alto desvalor que este tipo de conduta gera no convívio social, e a contrariedade à busca por uma sociedade livre e igualitária que isso pode representar, são capazes de tornar esta conduta extremamente reprovável pelo nosso sistema, devendo ser alvo de coerção e punição.

Mill pensava que a expressão de uma opinião de uma forma que incite a violência está sujeita à proibição e punição. Da mesma forma, evitar o dano justifica as leis contra difamação, fraude e conspiração para o crime, que limitam a liberdade de expressão. A proibição no Reino Unido, da incitação ao ódio racial é justificável porque isso expõe indivíduos e sociedades a um grave dano. (Smith, 2009, p. 93)

Assim, a aferição do dano não somente considera os danos que são impostos diretamente a terceiros na conduta dos indivíduos, mas também devem considerar danos que são impostos a sociedade como um todo, violando seus princípios de independência e cooperação dos indivíduos.

2.4 Danos a si mesmo

Como trataremos da questão principal que versa sobre a proibição dos jogos ilegais no Brasil neste estudo, teremos como foco principal o maior tipo de questão irrelevante para o bem coletivo e que sofre intervenção constantemente do Estado, a vedação aos danos a si mesmo que sofrem os indivíduos.

Anteriormente, restou-se demonstrada a ilegitimidade do Estado democrático de intervir no íntimo de seus cidadãos por meio da coação somente buscando prescrever melhores modelos e escolhas de vida. E dentre estes tipos de danos destaca-se o dano a si mesmo, porque este é por natureza o tipo de dano que somente se refere a escolha individual de estar ou não vulnerável a perigos e riscos.

Atualmente recorrente, mas já vetusto princípio que fortalece essa corrente normativa é o princípio do paternalismo legal, que prevê que normas devem ser impostas sobre os indivíduos, limitando seu âmbito de autonomia, e visando a diminuição dos riscos aos quais os indivíduos são expostos. "O paternalismo legal é a ideia de que a lei não deve permitir adultos capazes de correrem perigo ou se ferirem, e deve limitar a liberdade de alguém para o seu próprio bem, não para proteger outros de dano ou ofensa" (Smith, 2009, p. 96).

A distorção da opinião pública durante o processo político, assim como, o entendimento de que não há alguém melhor do que o próprio tutelado na interpretação de seus reais interesses, torna questionável a imposição de normas sobre este visando seu próprio bem. Parte-se desta ideia pois não somente as distorções de pensamento impostas por terceiros podem ser prejudiciais.

Onde haja uma classe dominante, uma grande parte da moralidade nacional emana dos seus interesses de classe e dos seus sentimentos de superioridade de classe. As relações de moralidade entre espartanos e ilotas, plantadores e negros, príncipes e súditos, nobres e vilões, homens e mulheres, foram, na sua maior parte, criação desses sentimentos e interesses de classe. E os sentimentos assim gerados reagem sobre os sentimentos morais da classe dominante nas suas relações internas. Quando, de outro lado, uma classe formalmente dominante perde a ascendência, ou quando essa ascendência é impopular, os sentimentos morais que prevalecem, trazem um cunho de impaciente aversão à superioridade. (Mill, 1963, p. 29)

Grupos que se auto impõem superioridade tendem a compreender os demais grupos como inferiores moral e intelectualmente de forma a justificar sua suposta superioridade pela imposição dos seus próprios hábitos e comportamentos. Não foram raras as vezes nas quais os grupos de maior representatividade impuseram aos mais vulneráveis normas que teoricamente buscariam o seu bem, mas que por trás de suas justificativas somente refletiam expressões racistas ou preconceituosas. Como exemplo podemos citar a leis que ao longo do século passado limitaram os direitos individuais das mulheres e impuseram a figura paterna ou masculina como seu real protetor, justificando-se na vulnerabilidade daquelas, como já descrito. Durante a vigência destas normas fazia-se crer que a mulher, incapaz de se auto gerir, defender seus interesses, precisaria ter sua vida delineada pelo homem e pelo Estado.

Importa ainda o amparo contra a tirania da opinião e do sentimento dominantes: contra a tendência da sociedade impor, por outro meios além das penalidades civis, as próprias ideias como e práticas como regras de conduta àqueles que delas divergem, para refrear e, se possível, prevenir a formação de qualquer individualidade em desarmonia com seus rumos, e compelir todos os caracteres a se plasmarem sobre o modelo dela própria (Mill, 1963, p. 26).

Quando limitamos a autonomia legal e a capacidade civil dos menores de idade e demais sujeitos incapazes de expressar sua plena vontade, estamos tutelando estes indivíduos, pois crê-se que por não possuírem o desenvolvimento completo de suas faculdades, estes poderiam tomar decisões que os prejudicariam, simplesmente, por não serem aptos racionalmente a refletir sobre esta conduta em toda sua complexidade. E neste caso, há uma justificativa aceitável para a restrição, pois é consenso que menores de idade, por não terem o desenvolvimento mental por completo, não são aptos a tomar decisões complexas sobre a melhor forma de se autogovernarem, assim como os demais incapazes. No entanto, o paternalismo propõe que todos os sujeitos quando individualmente considerados não seriam detentores da maturidade necessária para guiar as suas vidas. Somente a atividade legiferante que se constitui por meio da democracia seria capaz de gerar condutas responsáveis e benéficas a todos os cidadãos. Independentemente da escolaridade, nível de maturidade atingido ou habilidades, todo cidadão passa a ser entendido como incapaz de gerir sua vida, não podendo por exemplo alegar que fumaria ou apostaria em cassinos com moderação.

Retornamos, desta forma, a uma concepção de liberdade "positiva", no qual, os governantes, sem quaisquer justificativas, passam a ceder a si mesmos o controle da vida de terceiros, baseados em sua suposta racionalidade e maturidade superior à dos demais.

Restaria a argumentação de que o mau deve ser evitado, em qualquer tipo de forma, mesmo que seja infligido ao próprio praticante da conduta. No entanto, esta concepção desconsidera importantes aspectos que diferenciam os danos a si mesmo e o dano a terceiros. Naquele, apesar de nos desagradar muitas vezes que algum semelhante conduza suas escolhas da pior forma, surgidos quaisquer tipos de danos somente este responderá pelas consequências, e não nós, o que diminui a justificação de nossa intervenção. Ainda, deve-se considerar que terceiros possuem uma péssima percepção sobre os sentimentos e circunstâncias que envolvem as decisões de terceiros, pois além de não integrarem o íntimo deste na maioria das vezes não possuem a mesma vivência e viés do tutelado. "Mill diz que o indivíduo é o mais interessado no seu bem-estar é quem conhece melhor seus sentimentos e circunstâncias. Então, a interferência para indeferir o julgamento de seu interesse pode estar mal orientada." (Smith, 2009, p.96).

Além da ignorância naturalmente decorrente do motivo citado, há ainda outro problema maior. O ser humano ao avaliar a situação sob o seu viés tende a tomar decisões que corroboram o seu estilo de vida e que legitimam a sua concepção de bem-estar e vantagens. Consequentemente, podemos exemplificar que, caso madeireiros possuam lobby maior dentro do governo, dificilmente tomarão decisões que prejudiquem as madeireiras, e isso ocorre não pela má-fé ou egoísmo destes sujeitos, ocorrerá na verdade, pois eles estão imersos em uma realidade na qual a maior amplitude de bem-estar está em torno do sucesso de sua indústria. Eles simplesmente não beneficiarão as demais indústrias da mesma forma, pois não estão expostos aos problemas e anseios dos demais, que os fazem ser diferentes deles.

Outro aspecto relevante é que a justificação paternalista se funda no objetivo de fazer o maior bem possível ao indivíduo cerceado, entretanto, não há como garantir que os resultados serão positivos mesmo que os objetivos diretos sejam satisfeitos. Porque, ainda que o sujeito não sofresse qualquer tipo de dano, a privação que o Estado gerou ao impedir que ele mantivesse aquela experiência, impede que o indivíduo atinja um estado de maturidade superior sobre a situação. Como era defendido por Mill, a autodeterminação do indivíduo é extremamente valiosa independente das consequências causadas, mesmo que prejudiciais, pois somente vivenciando as mais diversas possibilidades de escolhas com sucessos e fracassos é que o ser humano atingirá o pleno desenvolvimento intelectual e pessoal, no qual poderá saber ao mínimo o que é melhor, ou pior, para si.

Volta-se ainda ao pluralismo (Berlin, 1989), sustentado no primeiro capítulo: os indivíduos são tantos e tão variados que jamais poderemos formular padrões de comportamento que se apliquem a generalidade dos sujeitos, sem gerar prejuízos massivos. Ainda que as leis impeçam os destinatários de sofrerem riscos óbvios que os levariam a morte, ainda assim, poderíamos falhar na previsão do que é melhor para eles. Muitos não duvidariam disso, como no caso do indivíduo que é impedido de utilizar a eutanásia por livre e espontânea vontade e acreditando tutelar a sua dignidade ao se permitir ter uma morte mais digna. "Além disso, a importância de um interesse varia entre os indivíduos. Para alguns, andar de motocicleta sem capacete é uma questão de mera conveniência, para outros é uma escolha de vida central." (Smith, 2009, p. 99).

O paternalismo legal perde legitimidade ao limitar escolhas que são volitivamente aceita pelos indivíduos, que passaram pelo seu crivo e julgamento. Porém, há ainda o princípio do "paternalismo" fraco que prevê que o "Estado tem o direito de impedir a conduta prejudicial a si apenas quando ela for involuntária, ou quando for necessária uma intervenção temporária para estabelecer se ela é voluntária ou não, ou quando se presume que ela não seja voluntária." (Smith, 2009, p. 100).

Entretanto, este seria um "não-paternalismo", afirma Feinberg (Smith, 2009, p. 100), pois sustenta em sua estrutura a finalidade precípua do liberalismo, que é a livre vontade do indivíduo. Não há coerção favorável a qualquer escolha ou restrição a liberdade, pelo contrário, há a majoração da vontade a partir do momento que é permitido ao sujeito tomar suas decisões com base no máximo de informações possíveis. Nem sempre o destinatário terá pleno conhecimento das consequências ao consumir determinados produtos e substâncias, porém o Estado ao permitir que venha a seu conhecimento estes desdobramentos, não o estará obrigando a tomar qualquer tipo de conduta. Estará possibilitando na verdade a escolha do indivíduo em sua plena razão. "Mill afirma que os adultos capazes devem ser alertados dos perigo, e não impedidos de enfrentá-lo; os rótulos de advertência obrigatórios nos venenos não tiram a liberdade porque "o comprador não pode querer não saber do perigo"" (Smith, 2009, p. 100). Assim, o paternalismo fraco torna-se aceitável na sua aplicação sobre as decisões individuais, afastando-se de sua outra vertente mais ampla e limitadora da liberdade.

3 Proibição dos jogos de azar no Brasil

3.1 Histórico da proibição e legislação

Atualmente, devido a crise econômica que afeta o Brasil, o tema da proibição dos cassinos e jogos de azar voltaram a tona nos noticiários e jornais. Porém, poucos se recordam que o ano de 2016 coincide com os 70 anos da proibição dos jogos de azar no país.

Jogo de azar é como são considerados os jogos que dependem de sorte do jogador, além de possível habilidade técnica, e que envolvem apostas de quantias de dinheiro nas disputas. Normalmente praticado em ambientes próprios para sua competição como cassinos, porém muitas vezes disperso nos mais variados tipos de comércios e bares, principalmente durante o período de proibição. Para a legislação brasileira, por meio do art. 50 da Lei de Contravenções Penais (1946), "considera-se jogo de azar: aquele em que o ganho e a perda dependem exclusivamente ou principalmente da sorte; as apostas sobre a corrida de cavalos fora de hipódromo ou de local onde sejam autorizadas; e as apostas sobre qualquer outra competição esportiva, praticada em qualquer tipo de local, mesmo que dissimule a prática dos jogos".

O diploma legal que tornou ilegal a prática deste tipo de jogo foi o Decreto-Lei Nº 9.215 de Abril de 1946 assinado pelo então presidente Eurico Gaspar Dutra, que instituiu o art. 50 da Lei de Contravenções Penais, que imputa pena de prisão simples, multa e desapropriação de bens, desde que utilizados na exploração, daqueles que empreenderem qualquer tipo de estabelecimento do tipo. Impõe também pena de multa aos praticantes que forem flagrados praticando por qualquer meio, mesmo que internet, jogos de azar.

Como torna claro o próprio preâmbulo do decreto referido, o governo, na pessoa de seu Presidente da República, procedeu a proibição dos jogos por crer que:

Considerando que a repressão aos jogos de azar é um imperativo da consciência universal;

Considerando que a legislação penal de todos os povos cultos contém preceitos tendentes a êsse fim;

Considerando que a tradição moral jurídica e religiosa do povo brasileiro e contrária à prática e à exploração e jogos de azar;

Considerando que, das exceções abertas à lei geral, decorreram abusos nocivos à moral e aos bons costumes; (Decreto-Lei 9.215, 1946)

Assim, depreende-se que o legislador fundamentou a proibição na ideia de que a vedação desta conduta era um "imperativo de consciência universal", no qual, teoricamente, todos os povos tenderiam a este fim, e considera ainda que a moral religiosa e os bons costumes do povo brasileiro seriam contrário a tal prática.

Com o fechamento dos cassinos, cerca de cinquenta e cinco mil pessoas perderam seus empregos, que dependiam das atividades ligadas a prática, muitos destes sem receber as suas respectivas indenizações trabalhistas. Além disso, muito empresários perderam vultosa quantia de dinheiro nos investimentos que foram obrigados a fechar, pois na década de trinta e quarenta os cassinos viviam seu período de auge e eram grandes e importantes centros de entretenimento, nos quais além dos jogos mantinham restaurantes, bailes e teatros, responsáveis por grande parte do lazer das classes principalmente mais abastadas (Agência Senado, 2016).

O também conhecido como decreto "moralizador" derrubou a licença de todos os empreendimentos do meio, dentre eles, grandes centros de lazer regionais.

Dentre os motivos que justificaram a proibição destaca-se a pressão dos setores religiosos (Agência Senado, 2016) da sociedade que na época sentiam aversão ao ambiente liberal de festividades que se instauravam dentro dos salões de apostas e bailes ocorridos nos grandes cassinos, comumente associados ao consumo de bebidas alcoólicas e aos hábitos de vida boêmios, e que teoricamente, seriam amorais e contra os valores religiosos. Poderia ser alegado também que, como ainda hoje, o fato de que jogar jogos de azar não é um hábito o qual deva ser cultivado, pois pode facilmente se tornar um vício, o qual ocupará grande parcela do tempo de seus praticantes e esgotará todos os seus recursos.

Apesar de transcorridos sete décadas de proibição, a repressão governamental jamais conseguiu extinguir os jogos de azar, sequer reduziu sua popularidade na sociedade brasileira. Isto, pois, mesmo não havendo pesquisas confiáveis que consigam mensurar a abrangência e o faturamento dos jogos ilegais no Brasil, acredita-se que, ainda hoje, faturem milhões de reais. Além disso, o envolvimento de políticos e exploradores da prática é extremamente comum, sendo o caso mais notável da atualidade a ocorrência da Comissão Parlamentar de Inquérito dos Bingos que buscou investigar e combater políticos que tornavam inócuas as fiscalizações dos jogos diante do recebimento de propina. (Agência Senado, 2012)

Por outro lado, os praticantes da conduta considerada delituosa continuamente se expõem aos riscos que surgem ao se envolver com organizações criminosas, que passaram a ser os administradores da atividade em nosso país. E pelo mais irônico que possa parecer, no Brasil sempre foi permitido a loteria em regime de monopólio nas mãos do Estado, que somente não é considerado um jogo de azar por motivos de discricionariedade governamental.

3.2 Análise da danosidade dos jogos

A proibição dos jogos de azar no Brasil se deu com base numa atuação amplamente interventiva do Estado sobre a vida dos indivíduos. O legislador ao proibir a prática da atividade deixou de lado as considerações sobre a real danosidade que os jogos poderiam causar à sociedade coletivamente, assim como para os cidadãos, considerados individualmente.

Ao explanar os conceitos em torno do Princípio do Dano, e seus desdobramentos, pode-se notar a importância da constatação de danos a terceiros necessária a legitimação da intervenção estatal no âmbito de escolha de seus cidadãos. Como já dito, a argumentação de que algo será melhor ou moralmente mais aceito para o próprio indivíduo jamais poderá ser causa de justificação de qualquer tipo de intervenção (Mill, 1963).

No caso da prática dos jogos de azar surgem diversos argumentos que poderiam tornar a prática reprovável ou, ao menos, prejudicial, ao próprio indivíduo. De fato, considerando que alguém poderá gastar todo o seu patrimônio em prol de apostas e disputas supérfluas dentro de cassinos não aparenta ser a forma mais apropriada de se guiar a vida. Ao mesmo tempo, a plena ocupação do jogador com o mundo das apostas poderia comprometer seu desempenho no seu trabalho, convivência com a família e demais obrigações.

E é neste ponto que surge a problemática, pois na sociedade na qual vivemos, valores como o trabalho, família, sucesso financeiro, entre outros, são alçados aos valores a serem buscados pelos indivíduos durante a vida, e por outro lado, improdutividade, vícios e futilidades e demais comportamentos são encarados como defeitos, os quais deverão ser vencidos. De fato, muitos dos considerados bons hábitos se coadunam com uma experiência de vida mais saudável e feliz e conduzem a maior satisfação do indivíduo, entretanto, nem sempre isso procederá desta forma.

O hábito de jogar, apesar de muitas vezes associados ao vícios e aos excessos, não necessariamente, conduz a uma vida desregrada e sem limites. Muitos jogadores passarão a vida toda frequentando cassinos e jamais deixarão de cumprir com as suas demais obrigações e também não serão vitimados pelo vício. Ainda, devemos pensar que os mais diversos tipos de hábitos podem conduzir ao vício, do consumo de conteúdo pornográfico à obsessão por videogames, tendo em vista cada vez mais tipos de alienações que podem atingir o ser humano. E nem por isso surgem propostas tendentes a aboli-las. Mesmo que tenham muitos acidentes de trânsito, não ganham forças proposta que visam proibir carros velozes e o problema da obesidade não é combatido pela proibição ao açúcar. A prática destas atividades não implica necessariamente o dano, este é gerado pela escolhas e opções próprias de cada um dos indivíduos. A irresponsabilidade que causa

acidentes automotivos e não a velocidade dos carros, assim como, não são os jogos que levam a pessoa ao declínio econômico.

Mas mais importante do que a possibilidade em si da ocorrência do dano, é que mesmo que ela se concretize, somente atingirá aquele que fez a escolha por livre e espontânea vontade: o indivíduo. A prática de jogos de azar é inofensiva a terceiros e este fato derruba a legitimidade interventiva do Estado.

Pode ser que seja argumentado que os jogos ofendam a moralidade pública ou que influenciassem os mais jovens, entretanto, como de costume estes são praticados em locais restritos, onde não são permitidas a presença de menores. Da mesma forma, aqueles que se ofendem ou se sentem atingidos moralmente, não teriam acesso aos estabelecimentos, ao menos que quisessem. Deve-se notar ainda, que mesmo diante da proibição, os jogos continuam a ser praticados, tornando inócuas estas medidas. Aqueles que se sentem ofendidos com a conduta, independentemente das leis, terão que se conformar em conviver sabendo da existência participação de milhares de pessoas nos jogos de azar.

Assim, restaria somente a argumentação de que cassinos são ambientes propícios a ações de organizações criminosas, pois as altas somas de dinheiro que são justificadas somente pelas apostas abrem brecha a ocorrência de lavagem de dinheiro por delinquentes. Infelizmente, não deixa de ser uma verdade esta afirmação, porém compreendo que a obrigação de fiscalizar e coibir as condutas criminosas é do Estado, que atrai para si o monopólio da força, e desta forma, não pode justificar a proibição de condutas pela sua incapacidade de fiscalizar e coibir crimes. Até porque os criminosos que se beneficiam da lavagem de dinheiro podem utilizar como instrumento as mais variadas opções, assim como argumentado anteriormente, ninguém pensa em proibir a venda de obras de arte valiosas ou o investimento em clubes de futebol pelo fato deles serem usados comumente na lavagem de dinheiro.

Assim, constatamos que não se visualizam danos ensejadores da intervenção estatal na prática dos jogos de azar sob o viés do Princípio do Dano. Constitui-se uma ação desmedida do Estado que ao promover valores religiosos e morais dominantes na política desconsidera a esfera de autonomia dos indivíduos e acaba prescrevendo quais os modelos de vida julgam mais adequados. Por outro lado, maximizam-se os danos sobre os praticantes que continuam vulneráveis aos vícios, tendo que lidar ainda com criminosos, usufruindo de equipamentos e jogos de baixa confiabilidade, sujeitos ainda a consequências criminais.

3.3 A legalização sob as perspectivas liberais

Tendo em vista, a inofensividade da prática de jogos de azar aos terceiros envolvidos deve-se crer que esta conduta jamais poderia compor uma restrição de atividade sobre o indivíduo. Ainda que possa ser considerado pelo senso comum em nossa comunidade como uma prática reprovável ou menos aceitável, a pessoa adulta e capaz que se propõe a jogar conhece os deslindes que o seu comportamento poderá ocasionar e se interessa pela atividade independentemente das possíveis argumentações contrárias. Por outro lado, não devem prevalecer os argumentos de que a atividade que ocorre em ambientes restritos e envolvem somente pessoas do meio possam agredir a moral pública ou os costumes daqueles que refutam a prática, pois como já visto, refletem somente os conceitos dos grupos políticos dominantes, que sequer interferências sofrem em seu cotidiano.

Sob uma perspectiva liberal que valorize as escolhas individuais e promova a liberdade como instrumento de emancipação e independência, jamais poderia ser admitida tal restrição que tende a abolir conduta que traz reflexos somente para o próprio agente refletindo os ideais dos grupos dominantes.

Ser obrigado às rígidas normas da justiça de respeito aos outros, desenvolve os sentimentos e capacidades que tem por objeto o bem alheio. Mas ser coarctado no que não afeta esse bem alheio, e apenas é desagradável aos outros, nada desenvolve de valioso, a não ser o vigor de caráter que a resistência à coerção revele. A aquiescência a esta embota e entorpece toda a natureza. Para a livre expansão da natureza de cada um, é essencial que se permita a pessoas diferentes viverem vidas diferentes. (Mill, 1963, p. 114)

Conforme Mill, somente a liberdade dos indivíduos de conduzirem a suas vidas da forma que desejam poderá gerar diferentes experiências com a presença de diferentes ideias e impedirão a tendência do homem ao conformismo e a imposição das ideias dominantes. Sem isso, a sociedade seria esmagada pelo fardo da "mediocridade coletiva" (Berlin, 1989, p. 140). Ainda que a prática dos jogos de azar não sejam bem vistas, ou eventualmente, possam a vir gerar prejuízo aos que escolheram este modelo de vida, somente esta vivência poderá gerar a maturidade dos indivíduos que os influenciarão nas demais decisões a serem tomadas, possibilitando assim, o seu verdadeiro desenvolvimento.

O fato dos jogos de azar somente desagradarem aos demais setores da sociedade e de nenhuma forma gerar prejuízo aos bens que devam ser tutelados e, da mesma forma, não

contribuírem para o pleno desenvolvimento do indivíduo, que será privado das experiências de sua escolha, afastam qualquer possibilidade de intervenção justa sobre a atividade. Surge somente uma coerção pelo Estado fundada em interesse daqueles que detém o controle político e social, replicando um modelo de opressão das minorias e preferências de grupos privilegiados.

Ninguém, na verdade, reconhece no íntimo que o seu critério de julgamento é a sua preferência. Entretanto, uma opinião em matéria de conduta que não se alicerça em razões, só pode ser tida como uma preferência pessoal. E se as razões, porventura dadas, constituem um mero apelo a preferência análoga sentida por outras pessoas, trata-se ainda tão somente de preferência de muitos ao invés de preferência de um só. (Mill, 1963, p. 28)

No caso dos jogos de azar, ainda que a restrição desta conduta não transpareça uma conduta relevante a ser tutelada diante das restrições estatais, para muitos de seus praticantes essa escolha se equipara a uma verdadeira escolha de vida, sobre a qual, muitas vezes motiva suas vidas e uma vivência plena e feliz. Mas ainda que isso não ocorresse, os mesmos processos violadores da liberdade que vedam este hábito são usados para restringir a liberdade nos mais amplos aspectos de interesses relevantes individuais.

A restrição desarrazoada de condutas que reflete somente preferências pessoais dos grupos dominantes, e que no caso em questão proíbem os jogos, mas sob o mesmo modo, impõe padrões religiosos a serem seguidos, criminalizam os traços culturais tidos como marginais advindos das minorias e perpetuam preconceitos, entre outras formas de repressão. Tutelar a liberdade de escolha é possibilitar a coexistência das diferentes concepções de padrões de vida a serem seguidos, e a garantia de que os grupos minoritários não devem se render às preferências da maioria.

CONCLUSÃO

Procedendo-se a conclusão do presente estudo, pudemos constatar que o conceito de liberdade que valoriza as opções individuais e que somente permite intervenções justificadas sobre o âmbito de liberdade de licença dos indivíduos coaduna-se com um Estado de Direito que valoriza a independência e o progresso de seus indivíduos.

Deve-se entender como justificação para a coerção somente uma intervenção proporcional e legítima do Estado, e que somente é possível quando este age em prol da minimização dos danos e construção da cooperação entre os interesses privados, jamais adquirindo caráter prescritivo e dominante sobre as escolhas de vida a serem tomadas pelos seus cidadãos. Considerando ainda que, na construção da cooperação entre os indivíduos devem ser consideradas atitudes positivas do Estado em prol de outros direitos que não sejam a liberdade, mas que com este princípio se ajustam, como a promoção da igualdade e o emponderamento dos grupos mais vulneráveis.

Porém, a intervenção do ente estatal jamais poderá se justificar somente no próprio bem do destinatário das normas e se referir a motivos irrelevantes para o coletivo e para os terceiros não envolvidos. Do mesmo modo, o monopólio da força nas mãos do Estado nunca deve ser utilizado para a imposição de condutas que, em última instância, somente refletem preferências pessoais dos grupos dominantes.

Desta forma, o limite para a coerção legal dos indivíduos no âmbito da moralidade são as ações que envolvam danos a terceiros ou condutas que prejudiquem a liberdade e independência dos indivíduos, assim, como a tutela de princípios conexos como a igualdade.

Tendo isso em vista, a partir das demais conclusões do nosso estudo, a prática dos jogos de azar por não gerar qualquer tipo de dano a terceiros não enseja qualquer vedação por parte do Estado. Por outro lado, não se devem coibir os jogos somente por esses serem reprovados por amplos setores da sociedade. Ainda que, na prática as apostas tragam algum prejuízo para os jogadores, estes são os únicos responsáveis pelas opções e escolhas que decidem para suas vidas, considerando que são plenamente capazes e os únicos expostos aos riscos criados.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. Há seis anos, Cachoeira era personagem da CPI dos Bingos, a 'CPI do fim do mundo'. 2012. Disponível em: < <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2012/04/20/ha-seis-anos-cachoeira-era-personagem-da-cpi-dos-bingos-a-2018cpi-do-fim-do-mundo2019> >. Acesso em 05/07/2016.

AGÊNCIA SENADO. História dos cassinos no Brasil é tema de reportagem especial da Rádio Senado. 2016. Disponível em: < <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/03/03/historia-dos-cassinos-no-brasil-e-tema-de-reportagem-especial-da-radio-senado> >. Acesso em: 05/07/2016.

BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1989.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 3. ed. São Paulo, WMF Martins Fontes, 2010.

HART, Herbert L.A.. **Direito, Liberdade, Moralidade**. Porto Alegre, Fabris, 1987

MILL, John Stuart. **Da Liberdade**. São Paulo: Ibrasa, 1963.

NINO, Carlos Santiago. **Ética e Direitos Humanos**. São Leopoldo, RS, Ed. Unisinos, 2011.

SMITH, Paul. **Filosofia Moral e Política: principais questões, conceitos e teorias**. São Paulo, Madras, 2009.