

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 563
DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. EDSON FACHIN**
REQTE.(S) : **PARTIDO HUMANISTA DA SOLIDARIEDADE**
ADV.(A/S) : **JOAO CALDAS DA SILVA**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
AM. CURIAE. : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS
TRABALHADORES EM TURISMO E
HOSPITALIDADE - CONTRATUH**
ADV.(A/S) : **AGILBERTO SERÓDIO E OUTRO(A/S)**
AM. CURIAE. : **PARTIDO DA MOBILIZACAO NACIONAL**
ADV.(A/S) : **JOAO CALDAS DA SILVA**
AM. CURIAE. : **INSTITUTO BRASILEIRO JOGO LEGAL - IBJL**
ADV.(A/S) : **REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)**

DECISÃO: Cuida-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Partido Humanista da Solidariedade - PHS, em face do artigo 50 do Decreto-Lei n. 3.688, de 03 de outubro de 1941, e do Decreto-Lei n. 9.215, de 29 de dezembro de 1946, que proíbem a prática ou a exploração de jogos de azar em todo o território nacional.

Defende o arguente que os dispositivos impugnados ofendem os direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, caput e XLI), os princípios da livre iniciativa (art. 1º, IV) e da livre concorrência (art. 170, caput, IV e § único) e as regras de exploração direta de atividade econômica pelo Estado (art. 173, todos da CRFB).

Em 14 de janeiro de 2019, foi proferido despacho mediante o qual o Min. Luiz Fux, então Vice-Presidente da Corte, entendeu não haver urgência para excepcional apreciação da medida liminar.

Em despacho datado de 13 de março de 2019 (eDOC 19), determinei a remessa do feito à Presidência do Supremo Tribunal Federal, que considerou não haver prevenção entre processos objetivos e processos de natureza subjetiva, no caso, o Tema de Repercussão Geral n. 924 (eDOC 29).

ADPF 563 / DF

O Partido de Mobilização Nacional – PMN, a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Turismo e Hospitalidade – CONTRATUH e o Instituto Brasileiro Jogo Legal foram admitidos como *amici curiae*. Houve, no entanto, desistência daquele (eDOC 43).

A Advocacia-Geral da União suscitou, preliminarmente, ausência de observação ao princípio da subsidiariedade. No mérito, aduz que o art. 22, XX, da CRFB assentou competência da União para legislar sobre consórcios e sorteios. Alega, ainda, inexistir direito absoluto à livre concorrência, sendo admissível a intervenção estatal quando afrontados os interesses da coletividade. Aponta consequências deletérias da legalização dos jogos de azar em relação à segurança pública, à saúde dos indivíduos, aos gastos públicos e à inexistência de aparato regulatório. Por fim, manifestou-se pelo não acolhimento da arguição e, no mérito, pelo indeferimento da medida cautelar (eDOC 31).

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo não provimento da ação, em parecer assim ementado (eDOC 36):

“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. OBSERVÂNCIA. LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS. EXPLORAÇÃO DE JOGOS DE AZAR. DECRETO-LEI 9.215/1946. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE SISTEMAS DE CONSÓRCIOS E LOTERIAS. JOGATINA. MULTIDISCIPLINARIDADE. DEBATE PARLAMENTAR. DEMOCRACIA REPRESENTATIVA. NECESSIDADE DE CONTROLE E REGULAÇÃO. 1. O reconhecimento de repercussão geral em recurso extraordinário, por si só, não é suficiente para afastar o cabimento de ADPF cujo pedido não visa a solução de questões individuais e concretas. Respeito ao princípio da subsidiariedade. Admissibilidade do controle abstrato. Precedentes. 2. Compete à União legislar, privativamente, sobre sistemas de consórcios e sorteios (CF, art. 22-XX). Súmula Vinculante 2. Em matéria de jogos de azar, há amplo histórico normativo que denota a ausência de parâmetros objetivos e

ADPF 563 / DF

seguros acerca dos benefícios sociais, culturais e econômicos da despenalização da jogatina. 3. O costume *contra legem* é inapto a revogar figura delitiva prevista em lei em atenção ao princípio da legalidade penal (CF, art. 5.º-XXXIX). Doutrina. 4. O Poder Legislativo reúne representantes do povo (CF, art. 1.º-parágrafo único). É a instância adequada para discussão ampla, democrática e transparente acerca de eventual permissão e regulação dos jogos de apostas administrados pela iniciativa privada. 5. Não verificada inércia parlamentar sobre o *thema decidendum*, o *judicial self-restraint* mostra-se consentâneo com o art. 2.º da Constituição. - **Parecer pela improcedência.**" (grifou-se).

Em sede de informações, o Presidente da Câmara dos Deputados pontuou que tramita naquela Casa o projeto de Lei n. 442/1991, o qual trata de jogos de azar, e, entre as proposições, algumas preveem a revogação ou a alteração dos Decretos-Lei n. 3.688/1941 e n. 9.215/1946 (eDOC 48).

O Congresso Nacional, alegou, também em sede de informações, que a proibição da prática e da exploração de jogos de azar é uma opção legal lícita que pode ser suprimida pelo Poder Legislativo em conjunto com o Poder Executivo, por meio de lei. Afirma que há projetos em análise que atendem àquilo requerido pelo arguente, sendo estes o Projetos de Lei n. 5319/2019, n. 186/2014 e n. 2.648/2019 e o Projeto de Decreto Legislativo n. 858/2017. Sustenta inadequação da via eleita e afronta ao princípio da separação dos Poderes. Pugna, por fim, pela improcedência dos pedidos (eDOC 49).

Em contrarrazões às informações prestadas, o arguente aduz competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar a matéria ora em análise e ratifica os argumentos trazidos na Inicial (eDOC 51).

É o relatório.

2. A arguição de descumprimento de preceito fundamental tem por objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato

ADPF 563 / DF

do Poder Público, sendo certo que, nos termos do art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99, “*não será admitida ADPF quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade*”.

Com base no texto legal, é possível identificar três requisitos para a propositura da arguição: a legitimidade para agir; a controvérsia judicial ou jurídica, nos casos em que a doutrina tem denominado de “arguição incidental”; e a subsidiariedade.

Os requisitos de cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental não traduzem mera formalidade jurídica que possa ser dispensada quando o direito material, por relevante, assim o exigir. As formalidades exigidas pela lei servem de amparo para o funcionamento das instituições constitucionais e, por isso, são parâmetros estruturantes do Estado Democrático de Direito que visam preservar a competência própria de cada um de seus órgãos.

No caso, a ADPF não indica a controvérsia jurídica e tampouco atende à exigência da subsidiariedade. Conforme entendimento desta Corte:

“A norma inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99 que consagra o postulado da subsidiariedade estabeleceu, validamente, sem qualquer ofensa ao texto da Constituição, pressuposto negativo de admissibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental, pois condicionou, legitimamente, o ajuizamento dessa especial ação de índole constitucional à observância de um inafastável requisito de procedibilidade, consistente na ausência de qualquer outro meio processual revestido de aptidão para fazer cessar, prontamente, a situação de lesividade (ou de potencialidade danosa) decorrente do ato impugnado.” (ADPF 237 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe30.10.2014, grifei).

Em sede doutrinária, o Ministro Luís Roberto Barroso leciona acerca do alcance e da caracterização da subsidiariedade para fins do cabimento de ADPF no seguinte sentido:

ADPF 563 / DF

“O descabimento de outros mecanismos concentrados de controle de constitucionalidade, como assinalado, é um elemento necessário para caracterizar a presença da subsidiariedade que justifica a ADPF. Não se trata, porém, de elemento suficiente. Além da presença dos demais requisitos referidos acima, é preciso que os mecanismos subjetivos existentes sejam insatisfatórios justificando uma intervenção concentrada por parte do STF. Se tais mecanismos forem adequados para afastar eventual lesão, não se justifica o uso da ADPF.

O sistema brasileiro de controle concentrado de constitucionalidade não se destina a absorver toda e qualquer discussão subjetiva envolvendo questões constitucionais. Por tal razão, os jurisdicionados não detêm a expectativa legítima de verem todas as suas disputas apreciadas pelo STF em sede de uma ação abstrata. Para conhecer as lides e dar-lhes solução, existe um complexo sistema orgânico e processual que, eventualmente, poderá até mesmo chegar ao STF pelas vias recursais próprias de natureza subjetiva.

Nesse contexto, portanto, a ADPF não é uma ação abstrata subsidiária, no sentido de que seria cabível sempre que a ação direta de inconstitucionalidade ou a ação declaratória de constitucionalidade não o fossem. Como explicado acima, a subsidiariedade significa apenas que não caberá ADPF se outro meio idôneo capaz de sanar a lesividade estiver disponível, não podendo ser extraída da regra da subsidiariedade a conclusão de que seria possível o ajuizamento de APDF sempre que não coubesse ADIn e ADC. ” (BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 289, g.n.).

A partir dessas fontes, no julgamento do Agravo Regimental na ADPF 673, j. 29.06.2020, ponderei que deve haver um equilíbrio na compreensão do requisito da subsidiariedade, tendo em vista,

ADPF 563 / DF

especialmente, mas não exclusivamente, os demais processos objetivos. O que se deve observar, na realidade, é a existência de meio eficaz para solver a controvérsia de “*forma ampla, geral e imediata*”(ADPF 388, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 01.08.2016)

Assim, recentemente, assim decidiu a Corte:

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. VALIDADE CONSTITUCIONAL DA PORTARIA Nº 1.104/GM3 DO MINISTÉRIO DA AERONÁUTICA. ATO NORMATIVO ANALISADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE 817.338, COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA, EM CUJO BOJO HÃO DE SER POSTAS EVENTUAIS QUESTÕES CONCERNENTES A SEU CONTEÚDO DECISÓRIO, DOTADO DA AUTORIDADE DE PRECEDENTE JUDICIAL OBRIGATÓRIO. REQUISITO DA SUBSIDIARIEDADE. AUSÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

(ADPF 641 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 28/09/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-246 DIVULG 08-10-2020 PUBLIC 09-10-2020)

Ponderou a e. Ministra relatora:

“O recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida tem efeitos decisórios convergentes com aqueles atribuídos às ações de controle concentrado. Esse fato jurídico descaracteriza o requisito da subsidiariedade, bem como a natureza de potencial ato lesivo do Poder Público, porquanto atribuída interpretação constitucional válida a este, ainda que não tenha ocorrido o seu trânsito em julgado.” (grifei).

Restei vencido na ocasião, não por discordar da premissa, mas porque, no caso, entendi que o objeto da ADPF seria mais amplo, o que não ocorre aqui.

ADPF 563 / DF

Como ensina o professor Luiz Guilherme Marinoni desde sua pioneira obra sobre o tema, a decisão desta Corte nos casos de repercussão geral espalha-se para além do caso concreto, constituindo a sua *ratio decidendi* motivo de vinculação tanto para o próprio Supremo Tribunal Federal (vinculação horizontal) como, potencialmente, para os demais órgãos jurisdicionais (vinculação vertical). (MARINONI, Luiz Guilherme. Repercussão geral no recurso extraordinário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 79).

Com efeito, a matéria ora impugnada pelo arguente já é objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal no RE 966177/RS-RG, cuja repercussão geral foi reconhecida pelo Plenário da Corte, em 03 de novembro de 2016, no Tema 924:

“Tipicidade das condutas de estabelecer e explorar jogos de azar em face da Constituição da República de 1988. Recepção do *caput* do art. 50 do Decreto-Lei n. 3.688/1941 (Lei das Contravenções Penais)”.

Apesar de não haver prevenção, a controvérsia existente na matéria ora debatida é a mesma daquela analisada no Tema 924.

Sobressai, ainda, a preferência pelo julgamento pela via da repercussão geral especialmente quando se trata de ADPF tida como incidental. Nos termos do art. 1º, parágrafo único, I, a previsão para o questionamento de atos normativos “anteriores à Constituição” depende da existência de “controvérsia constitucional”.

No caso, além de não comprovar essa efetiva controvérsia, o que, por si, implicaria o não conhecimento, o meio em que esta se apresenta de fato e, portanto, se mostra mais eficaz para solvê-la, de “*forma ampla, geral e imediata*”, é a Repercussão Geral.

Destarte, no presente, compreendo que a existência do RE 966.177, submetido à sistemática da repercussão geral, já se presta a solver a controvérsia suscitada pelo arguente.

ADPF 563 / DF

3. Ante o exposto, com fundamento no art. 4º, *caput*, e §1º da Lei n. 9.882/1999 e 21, §1º, do RISTF, julgo extinta a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental. Prejudicado o pedido liminar.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 3 de março de 2021.

Ministro **EDSON FACHIN**

Relator