

03/11/2016

PLENÁRIO

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 966.177 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
RECTE.(S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
RECDO.(A/S) : **GUILHERME TARIGO HEINZ**
ADV.(A/S) : **MARIA CAROLINA PERES SOARES GSCHWENTER**

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRAVENÇÃO PENAL. ARTIGO 50 DO DECRETO-LEI 3.688/1941. JOGO DE AZAR. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. TIPICIDADE DA CONDUTA AFASTADA PELO TRIBUNAL A QUO FUNDADO NOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS DA LIVRE INICIATIVA E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS. ARTIGOS 1º, IV, 5º, XLI, E 170 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. QUESTÃO RELEVANTE DO PONTO DE VISTA ECONÔMICO, POLÍTICO, SOCIAL E JURÍDICO. TRANSCENDÊNCIA DE INTERESSES. RECONHECIDA A EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Decisão: O Tribunal, por maioria, reputou constitucional a questão, vencidos os Ministros Edson Fachin e Dias Toffoli. O Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencidos os Ministros Edson Fachin e Dias Toffoli.

RE 966177 RG / RS

Ministro LUIZ FUX
Relator

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 966.177 RIO GRANDE DO SUL

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRAVENÇÃO PENAL. ARTIGO 50 DO DECRETO-LEI 3.688/1941. JOGO DE AZAR. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. TIPICIDADE DA CONDOTA AFASTADA PELO TRIBUNAL A QUO FUNDADO NOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS DA LIVRE INICIATIVA E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS. ARTIGOS 1º, IV, 5º, XLI, E 170 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. QUESTÃO RELEVANTE DO PONTO DE VISTA ECONÔMICO, POLÍTICO, SOCIAL E JURÍDICO. TRANSCENDÊNCIA DE INTERESSES. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

MANIFESTAÇÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, manejado com arrimo na alínea *a* do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pela Turma Recursal dos Juizados Especiais Criminais do Estado do Rio Grande do Sul, cuja ementa segue abaixo:

“APELAÇÃO CRIME. JOGOS DE AZAR. ART. 50 DO DL 3.688/41. ATIPICIDADE. Conduta inserida no âmbito das liberdades individuais, enquanto direito constitucional intocável. Os fundamentos da proibição que embasaram o Decreto-Lei 9.215/46 não se coadunam com a principiologia constitucional vigente, que autoriza o controle da constitucionalidade em seus três aspectos: evidência, justificabilidade e intensidade. Ofensa, ainda, ao princípio da proporcionalidade e da lesividade, que veda tanto a proteção

RE 966177 RG / RS

insuficiente como a criminalização sem ofensividade. Por outro lado, é legítima a opção estatal, no plano administrativo, de não tornar legal a atividade, sem que tal opção alcance a esfera penal. RECURSO PROVIDO.” (doc. 2, fl. 89).

Nas razões do apelo extremo, o recorrente sustenta a preliminar de repercussão geral e, no mérito, alega violação ao disposto nos artigos 1º, IV, 5º, *caput*, II, VI, VIII, XXXIX, XLI, LIV, 19, I, 170 da Constituição Federal.

Aduz que o Tribunal *a quo*, ao julgar atípica a conduta contravençional do jogo de azar, atribuiu, à luz dos preceitos constitucionais invocados, indevida e equivocada compreensão do tema, apresentando, para tanto, nas razões recursais, a seguinte ementa, *in verbis*:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS. JOGOS DE AZAR. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL.

A definição como infração penal da exploração de jogos de azar é dotada de legitimidade constitucional, uma vez evidenciada a proporcionalidade da atuação do legislador, com respeito aos três níveis do controle rígido de constitucionalidade das normas penais (evidência, justificabilidade e material de intensidade), sem qualquer violação aos princípios da laicidade (liberdade religiosa) e da livre iniciativa, justificando-se a restrição à liberdade individual, diante da manifesta ofensividade identificada na conduta, que permite a incidência do direito penal, sem vulnerar as regras da intervenção mínima, fragmentariedade e lesividade. Contrariedade ao artigo 5º, caput e inciso XLI (liberdade individual); ao artigo 5º, inciso LIV (proporcionalidade); ao artigo 5º, incisos VI e VIII, e ao artigo 19, inciso IV, e ao artigo 170 (livre iniciativa); bem como ao artigo 5º, incisos II e XXXIX (ofensividade, intervenção mínima, fragmentariedade, lesividade e legalidade proporcional), todos da Constituição Federal.” (doc. 2, fl. 103).

RE 966177 RG / RS

Requer seja dado provimento ao recurso, a fim de que seja reconhecida a tipicidade da conduta prevista no artigo 50 da Lei de Contravenções Penais.

É o relatório.

Destaco, por oportuno, que a recepção de dispositivos da Lei de Contravenções Penais tem sido objeto de análise por esta Corte, sob a sistemática da repercussão geral, a exemplo do que se observa no RE 583.523 (Tema 113) e no RE 901.623 (Tema 857).

Discute-se, *in casu*, a recepção ou não pela Constituição Federal do artigo 50 do Decreto-Lei 3.688/1941, que prevê a contravenção penal do jogo de azar, reconhecida como conduta atípica pelo Tribunal *a quo*.

Ressalte-se que a questão controvertida nestes autos encerra análise de tema constitucional relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, ultrapassando os interesses subjetivos da causa, a merecer reflexão desta Corte. A depender da admissibilidade constitucional da punição da conduta em testilha, haverá significativo reflexo no *status libertatis* dos agentes cujas condutas a ela se subsumem.

A questão posta à apreciação deste Supremo Tribunal Federal é eminentemente constitucional, uma vez que o Tribunal *a quo* afastou a tipicidade do jogo de azar lastreado em preceitos constitucionais relativos à livre iniciativa e às liberdades fundamentais, previstos nos artigos 1º, IV, 5º, XLI, e 170 da Constituição Federal.

Ademais, releva notar que todas as Turmas Recursais Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul têm entendido pela atipicidade da conduta prevista no artigo 50 da Lei das Contravenções Penais, alicerçados em fundamentos constitucionais (artigos 1º, IV, 5º, XLI, e 170 da Carta Magna), o que vem a demonstrar que, naquela unidade federativa, a prática do jogo de azar não é mais considerada contravenção penal. Assim, entendo por incontestável a relevância do tema a exigir o reconhecimento de sua repercussão geral.

Ex positis, nos termos do artigo 1.035, § 1º, do Código de Processo

RE 966177 RG / RS

Civil/2015, combinado com o artigo 323 do RISTF, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.

Publique-se.

Brasília, 10 de outubro de 2016.

Ministro LUIZ FUX

Relator

Documento assinado digitalmente

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 966.177 RIO GRANDE DO SUL

PRONUNCIAMENTO

CONTRAVENÇÃO PENAL – JOGOS DE AZAR – TOLERÂNCIA – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL – CONFIGURAÇÃO.

1. A assessora Dra. Juliana Gonçalves de Souza Guimarães prestou as seguintes informações:

Eis a síntese do discutido no recurso extraordinário nº 966.177/RS, relator o ministro Luiz Fux, inserido no sistema eletrônico da repercussão geral em 14 de outubro de 2016, com termo final para a manifestação em 3 de novembro de 2016.

A Turma Recursal Criminal do Estado do Rio Grande do Sul, ao prover a apelação interposta pelo recorrido, reformou a sentença mediante a qual julgada procedente a pretensão punitiva para condená-lo pelo cometimento da contravenção descrita no artigo 50 (estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante pagamento de entrada ou não) do Decreto-Lei nº 3.688/1941. Apresentou breve histórico acerca da regulamentação da questão. Consignou desrespeitar a liberdade individual, o princípio da proporcionalidade e a livre iniciativa a tipificação dos aludidos atos.

Destacou inexistir ofensividade social na referida conduta, tampouco bem jurídico capaz de justificar a criminalização da prática, ressaltando que a proibição fundamenta-se nos chamados “bons costumes”. Sublinhou a tolerância da sociedade em relação aos jogos e o monopólio estatal da exploração. Aduziu a insuficiência da criminalização da

RE 966177 RG / RS

atividade para coibir delitos a esta relacionados, como lavagem de dinheiro, corrupção e sonegação fiscal, afirmando que as novas tecnologias permitem a fiscalização efetiva da exploração dos jogos. Absolveu o recorrido, aludindo ao artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Não foram interpostos embargos de declaração.

No extraordinário, protocolado com alegada base na alínea “a” do permissivo constitucional, o Ministério Público do Rio Grande do Sul argui transgressão aos artigos 1º, inciso IV, 5º, cabeça e incisos II, VI, VIII, XLI, XXXIX, XLI, LIV, 19, inciso I, e 170 da Carta da República. Sustenta a possibilidade de, presentes motivos relevantes, restringir a liberdade individual por meio de mecanismos de proteção da sociedade, evitando a exposição a riscos desnecessários e condutas potencialmente danosas. Assevera que, sob a óptica do controle de evidência, da justificabilidade e do controle material da intensidade, a intervenção penal é adequada e legítima. Refuta a relação entre a medida e a religiosidade, tanto no momento da edição do diploma como nos dias de hoje.

Observa ter a norma incriminadora o objetivo de incentivar o valor social do trabalho e desestimular o vício decorrente dos jogos de azar. Menciona não se verificar essa consequência nas loterias administradas pelo Estado. Cita o afastamento da ilicitude da conduta até a edição do Decreto-Lei nº 9.215/1946, assinalando ser dado importante para concluir-se pela reprovabilidade da conduta. Articula com o Projeto de Lei do Senado nº 236/2012 – novo Código Penal Brasileiro –, o qual transforma em crime a exploração de jogos de azar. Assevera a vinculação da prática ao crime organizado e à clandestinidade, ante a falta de estrutura do Estado para fiscalizar e agir caso legalizada a atividade.

Sob o ângulo da repercussão geral, defende que a matéria

RE 966177 RG / RS

veiculada no recurso ultrapassa os limites subjetivos da lide, mostrando-se relevante dos pontos de vista jurídico, econômico e social.

O recorrido, nas contrarrazões, argumenta haver limitação constitucional ao poder de punir do Estado, considerada a necessidade de intervenção mínima, subsidiária e razoável do Direito Penal. Aduz a ausência de bem jurídico tutelado apto a justificar a proibição dos jogos de azar, frisando que a moral e os bons costumes são insuficientes a respaldar o texto repressivo impugnado.

O extraordinário foi admitido na origem.

A Procuradoria-Geral da República, em parecer, opina pelo provimento do recurso extraordinário, postulando o reconhecimento da tipicidade da conduta prevista no artigo 50 da Lei de Contravenções Penais. Cita precedentes do Supremo.

Eis o pronunciamento do ministro Luiz Fux, no sentido da existência de repercussão geral:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRAVENÇÃO PENAL. ARTIGO 50 DO DECRETO-LEI 3.688/1941. JOGO DE AZAR. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. TIPICIDADE DA CONDOTA AFASTADA PELO TRIBUNAL A QUO FUNDADO NOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS DA LIVRE INICIATIVA E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS. ARTIGOS 1º, IV, 5º, XLI, E 170 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. QUESTÃO RELEVANTE DO PONTO DE VISTA ECONÔMICO, POLÍTICO, SOCIAL E JURÍDICO. TRANSCENDÊNCIA DE INTERESSES. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Manifestação: Trata-se de recurso extraordinário

RE 966177 RG / RS

interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, manejado com arrimo na alínea a do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pela Turma Recursal dos Juizados Especiais Criminais do Estado do Rio Grande do Sul, cuja ementa segue abaixo:

APELAÇÃO CRIME. JOGOS DE AZAR. ART. 50 DO DL 3.688/41. ATIPICIDADE. Conduta inserida no âmbito das liberdades individuais, enquanto direito constitucional intocável. Os fundamentos da proibição que embasaram o Decreto-Lei 9.215/46 não se coadunam com a principiologia constitucional vigente, que autoriza o controle da constitucionalidade em seus três aspectos: evidência, justificabilidade e intensidade. Ofensa, ainda, ao princípio da proporcionalidade e da lesividade, que veda tanto a proteção insuficiente como a criminalização sem ofensividade. Por outro lado, é legítima a opção estatal, no plano administrativo, de não tornar legal a atividade, sem que tal opção alcance a esfera penal. RECURSO PROVIDO. (doc. 2, fl. 89).

Nas razões do apelo extremo, o recorrente sustenta a preliminar de repercussão geral e, no mérito, alega violação ao disposto nos artigos 1º, IV, 5º, caput, II, VI, VIII, XXXIX, XLI, LIV, 19, I, 170 da Constituição Federal.

Aduz que o Tribunal a quo, ao julgar atípica a conduta contravencional do jogo de azar, atribuiu, à luz dos preceitos constitucionais invocados, indevida e equivocada compreensão do tema, apresentando, para tanto, nas razões recursais, a seguinte ementa, in verbis:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS. JOGOS DE AZAR. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL.

A definição como infração penal da exploração de

RE 966177 RG / RS

jogos de azar é dotada de legitimidade constitucional, uma vez evidenciada a proporcionalidade da atuação do legislador, com respeito aos três níveis do controle rígido de constitucionalidade das normas penais (evidência, justificabilidade e material de intensidade), sem qualquer violação aos princípios da laicidade (liberdade religiosa) e da livre iniciativa, justificando-se a restrição à liberdade individual, diante da manifesta ofensividade identificada na conduta, que permite a incidência do direito penal, sem vulnerar as regras da intervenção mínima, fragmentariedade e lesividade. Contrariedade ao artigo 5º, caput e inciso XLI (liberdade individual); ao artigo 5º, inciso LIV (proporcionalidade); ao artigo 5º, incisos VI e VIII, e ao artigo 19, inciso IV, e ao artigo 170 (livre iniciativa); bem como ao artigo 5º, incisos II e XXXIX (ofensividade, intervenção mínima, fragmentariedade, lesividade e legalidade proporcional), todos da Constituição Federal. (doc. 2, fl. 103).

Requer seja dado provimento ao recurso, a fim de que seja reconhecida a tipicidade da conduta prevista no artigo 50 da Lei de Contravenções Penais.

É o relatório.

Destaco, por oportuno, que a recepção de dispositivos da Lei de Contravenções Penais tem sido objeto de análise por esta Corte, sob a sistemática da repercussão geral, a exemplo do que se observa no RE 583.523 (Tema 113) e no RE 901.623 (Tema 857).

Discute-se, in casu, a recepção ou não pela Constituição Federal do artigo 50 do Decreto-Lei 3.688/1941, que prevê a contravenção penal do jogo de azar, reconhecida como conduta atípica pelo Tribunal *a quo*.

RE 966177 RG / RS

Ressalte-se que a questão controvertida nestes autos encerra análise de tema constitucional relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, ultrapassando os interesses subjetivos da causa, a merecer reflexão desta Corte. A depender da admissibilidade constitucional da punição da conduta em testilha, haverá significativo reflexo no status libertatis dos agentes cujas condutas a ela se subsumem.

A questão posta à apreciação deste Supremo Tribunal Federal é eminentemente constitucional, uma vez que o Tribunal a quo afastou a tipicidade do jogo de azar lastreado em preceitos constitucionais relativos à livre iniciativa e às liberdades fundamentais, previstos nos artigos 1º, IV, 5º, XLI, e 170 da Constituição Federal.

Ademais, releva notar que todas as Turmas Recursais Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul têm entendido pela atipicidade da conduta prevista no artigo 50 da Lei das Contravenções Penais, alicerçados em fundamentos constitucionais (artigos 1º, IV, 5º, XLI, e 170 da Carta Magna), o que vem a demonstrar que, naquela unidade federativa, a prática do jogo de azar não é mais considerada contravenção penal. Assim, entendo por incontestável a relevância do tema a exigir o reconhecimento de sua repercussão geral.

Ex positis, nos termos do artigo 1.035, § 1º, do Código de Processo Civil/2015, combinado com o artigo 323 do RISTF, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.

Publique-se.

Brasília, 10 de outubro de 2016.

RE 966177 RG / RS

Ministro Luiz Fux

Relator

Documento assinado digitalmente

2. Em síntese, uma certa tolerância no tocante aos jogos de azar, excepcionados aqueles capitaneados pela Caixa Econômica Federal – lícitos ante a normatização existente –, levou a Turma Recursal do Estado do Rio Grande do Sul a afastar o disposto no artigo 50 do Decreto-Lei nº 3.688/1941.

O princípio constitucional da legalidade, a encerrar homenagem à segurança jurídica, conduz a concluir-se pela repercussão geral da matéria e, assim, pela sequência do extraordinário.

3. À Assessoria, para acompanhar a tramitação do incidente, inclusive quanto a processos que, no Gabinete, aguardem exame.

4. Publiquem.

Brasília, 26 de outubro de 2016.

Ministro MARCO AURÉLIO