



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nº RE/DD/638/16

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 966.177/RS

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECORRIDA : GUILHERME TARIGO HEINZ

RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX

Ementa. Recurso extraordinário. Recepção do art. 50 do Decreto-lei nº 3.688/41 em face da atual Constituição: matéria essencialmente constitucional. Tipo penal que não viola os princípios da intervenção mínima, fragmentariedade e proporcionalidade. Precedentes. Parecer pelo provimento do recurso.

Trata-se de recurso extraordinário interposto com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional contra acórdão assim ementado:

“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.”

O recorrente sustenta que o referido acórdão contraria os arts. 5º, *caput* (liberdade individual), 5º, inciso LIV (proporcionalidade), 5º, incisos VI e VIII, e 19, inciso I (princípio da laicidade), 1º, inciso IV (livre iniciativa), 5º, incisos II e XXXIX (ofensividade, intervenção mínima, fragmentariedade e lesividade), uma vez que a contravenção penal de exploração de jogos de azar, prevista no art. 50, *caput* e § 3º, do Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941, reveste-se de legitimidade constitucional para a “proteção daqueles que, por patologia ou não, deixam de exercer o exato controle sobre suas ações, tornando-se vulnerável à exploração”. De resto, afirma que “tolerar a prática significaria incentivar os exploradores, em prejuízo dos explorados, cuja incidência do direito penal, nesse contexto, serve ao refreamento do desenvolvimento da atividade civilmente ilícita, e destina-se à promoção, muito mais do que aos bons costumes, da segurança e incolumidade públicas e da paz social”. Pede, portanto, que seja reconhecida a tipicidade da conduta prevista no artigo 50 da Lei de Contravenções Penais.

O recurso é tempestivo¹ e preenche os demais requisitos de admissibilidade, a exemplo do prequestionamento, visto que, em que pese a ausência de menção expressa dos dispositivos constitucionais no acórdão, aplica-se aqui o entendimento assentado pelo Pleno dessa Corte, no sentido de que “o prequestionamento para o RE não reclama que o preceito constitucional invocado pelo recorrente tenha sido explicitamente referido pelo acórdão, mas, sim, que este tenha versado inequivocamente a matéria objeto da norma que nele se contenha” (RE 141788, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 06/05/1993, DJ 18-06-1993 PP-12114 EMENT VOL-01708-04 PP-00654).

¹ O MPRS foi intimado do acórdão em 24/11/2015 (fl. 78), e o recurso, protocolado em 9/12/2015 (fl. 79).

De resto, a repercussão geral da matéria, além de declinada em capítulo destacado, restou suficientemente fundamentada e materializa-se no interesse em fixar a compreensão sobre a compatibilidade do art. 50 do Decreto-Lei nº 3.688/41 em face da atual Constituição, notadamente diante da necessidade de sujeição da conduta nele prevista a sanções próprias do direito penal.

No mérito, deve ser provido, na linha da jurisprudência dessa Corte:

“PENAL. JOGO DE AZAR: CONTRAVENÇÃO PENAL. Decreto-lei 3.688, de 03.10.41, art. 50, § 3º, b.

I. - Apostas recebidas e cobradas sobre corridas de cavalos realizadas fora de hipódromo, corridas realizadas no exterior, captadas via satélite e exibidas no estabelecimento do paciente, onde eram coletadas as apostas pelo sistema simulcasting, não possuindo o paciente carta patente para funcionar com coletas de apostas. Conduta tipificada no art. 50, § 3º, b, da Lei das Contravenções Penais. II. - Habeas corpus indeferido” (HC 80.908, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 29.8.2003).

“DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA EM MATÉRIA PENAL. QUESTAO DE FUNDO JÁ PACIFICADA IMPROVIMENTO. 1. Agravo regimental contra decisão que deu provimento a recurso extraordinário, cassando sentença concessiva de mandado de segurança. 2. O Ministério Público estadual apontou a violação ao princípio da legalidade e ao disposto no art. 195, III, da Magna Carta. 3. Houve violação ao disposto no art. 195, inciso III, da Constituição da República, matéria especificamente impugnada quando dos embargos de declaração interpostos pelo MPF. Não se cuida de ofensa oblíqua ou reflexa à norma constitucional, mas afronta direta. 4. Não cabe acolher a arguição de intempestividade

do recurso extraordinário. Não cabe revolver a questão da tempestividade (ou não) dos embargos de declaração, matéria decidida pela Turma Recursal, sem qualquer insurreição por parte do ora agravante. 5. Esta Corte já teve oportunidade de apreciar a questão de fundo, concluindo no mesmo sentido da ausência de possibilidade de exploração de máquinas de "caça-níqueis" (ADI 3.060/GO, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, DJ 01.06.2007). 6. Agravo regimental improvido" (RE 502.271-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 27.6.2008).

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CRIMINAL. JOGOS DE AZAR. MÁQUINAS CAÇA-NÍQUEIS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO STF. ALEGADA AFRONTA AO INCISO III DO ART. 195 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Caso em que entendimento diverso do adotado pelo acórdão recorrido exigiria o reexame da legislação infraconstitucional pertinente e do acervo fático-probatório dos autos. 2. Ofensa à Carta da República, se existente, ocorreria de modo reflexo ou indireto, o que não autoriza a abertura da via extraordinária. 3. Quanto à alegada violação ao inciso III do art. 195 da Carta Magna, o aresto impugnado afina com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. 4. Agravo regimental desprovido" (RE 582.479-AgR, Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, DJe 16.10.2009).

recurso. Ante o exposto, o parecer é pelo provimento do

Brasília, 20 de maio de 2016.

Deborah Duprat
Subprocuradora-Geral da República