



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

PGR-MANIFESTAÇÃO- 86362/2017

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N ° 966.177 – RIO GRANDE DO SUL

RELATOR :MINISTRO LUIZ FUX

**RECTE. :MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO
SUL**

RECDO. :GUILHERME TARIGO HEINZ

1. Resume a ementa do acórdão impugnado:

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

2. No recurso extraordinário em tela, interposto pela Procuradoria Geral de Justiça, com fulcro no art. 102, III, *a*, da Carta da República, aduz-se o seguinte:

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

A definição coma 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 (evidencia, 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 50, caput e inciso XLI (liberdade individual); ao artigo 50, inciso LIV (proporcionalidade); ao artigo 50, incisos VI e VIII, e ao artigo 19, inciso I (princípio da laicidade ou liberdade religiosa); ao artigo 10 , inciso IV, e ao artigo 170 (livre iniciativa); bem com o ao artigo 50, incisos II e XXXIX (ofensividade, intervenção mínima, fragmentariedade lesividade e legalidade proporcional), todos da Constituição Federal.

3. Demonstram-se presentes os requisitos de admissibilidade e já foi acolhida a preliminar de repercussão geral. No mérito, o apelo merece provimento.

4. Em que pesem os argumentos trazidos à baila pelo acórdão da Turma Recursal dos Juizados Especiais Criminais do Estado do Rio Grande do Sul, a despenalização do tipo em questão, a princípio, deve ser reservada ao Poder Legislativo, porquanto não se afigura possível o sumário afastamento dos jogos de azar da seara penal, sem que essa medida venha acompanhada de regulamentações cíveis e administrativas em diversos níveis normativos.

5. A crítica ao fato de o Estado explorar o jogo não é argumento suficiente para, sem qualquer regulamentação, liberar essa exploração também à iniciativa privada.

6. Dessa forma, numa ponderação principiológica da separação dos poderes e dos demais princípios elencados pelo órgão jurisdicional *a quo*, entendo que aquele deverá prevalecer, até mesmo porque a tida adequação social da conduta deve ser vista com reserva, uma vez que, conforme bem aponta Cezar Bitencourt “*O certo é que as imprecisões semânticas e terminológicas do critério da “adequação social” – diante das mais variadas possibilidades de sua ocorrência - desaconselham utilizá-lo como único critério delimitador da tipicidade de uma conduta, sendo recomendável complementá-lo por meio de outros que sejam mais exatos. Nesse sentido, a ideia da adequação social, na melhor das hipóteses, não passa de um princípio interpretativo, em grande medida inseguro e relativo, o que explica por que os mais destacados penalistas internacionais não o aceitam nem como uma autêntica causa excludente de tipicidade nem como causa de justificação*”.¹

7. Nessa esteira, é certo que, em relação aos jogos de azar, num juízo de valoração *ex post* da adequação social, é possível identificar diversas razões para sua proibição via esfera penal, já que é reconhecidamente o veículo utilizado por organizações criminosas para a consumação de crimes graves, tais como fraudes, lavagem de dinheiro e sonegação fiscal, fato que impreterivelmente foi levado em consideração pela discricionariedade legislativa para optar pela tipificação penal da conduta.

8. E ao Poder Judiciário cumpre a intervenção na atividade legiferante apenas quando extrapoladas as margens impostas pela Constituição, tanto o excesso quanto a proteção deficiente, o que não ocorre no presente caso, vez que está conforme o princípio da proporcionalidade, em seus três aspectos, a criminalização da conduta aqui discutida.

¹ Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, 1 – 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 57.

9. Essa Corte Suprema, aliás, já teve oportunidade de se manifestar sobre a questão: “*Da leitura dos autos, verifico que o recorrente alega violação ao art. 5º, inciso XXXIX, com fundamento na atipicidade da conduta. Nesse aspecto, o recurso extraordinário não merece prosperar, pois o julgado recorrido está em harmonia com o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido da tipicidade penal da conduta de exploração de máquinas caça-níqueis.*” (ARE 789.855 - SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Dje 14.02.2014); e “*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).

10. Isso posto, reiterando a manifestação da colega Deborah Duprat, o Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso extraordinário.

Brasília, 10 de abril de 2017

EDSON OLIVEIRA DE ALMEIDA
SUBPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Augusto Telles