

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

FEITO: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AUTOR: PARTIDO HUMANISTA DA SOLIDARIEDADE - PHS

O PARTIDO HUMANISTA DA SOLIDARIEDADE – PHS, partido político com representação no Congresso Nacional, conforme certidão em anexo(DOC 01),CNPJ nº 01.770.770/0001-86, com sede na SHI Sul, QI 11, Conjunto 8, Casa 23, Lago Sul, CEP 71.625-280, registrado no TSE com a sigla PHS e número 31, endereço na internet: www.phs.org.br e presidente@phs.org.br, telefone: (61) 33213131, neste ato representado por seu presidente nacional, Sr. Eduardo Machado e Silva Rodrigues, CPF 479.806.131-04, vem, por seus advogados, com fundamento no art. 102, § 1º da Constituição Federal e nos dispositivos da Lei nº 9.882, de 1999, ajuizar a presente

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF), COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR,

para que sejam declarados não recepcionados o art. 50 do Decreto-lei nº 3.688, de 1941 (Lei de Contravenções Penais) e o Decreto-lei nº 9.215, de 1946, em virtude de terem criado artificialmente um monopólio estatal na exploração dos jogos de azar e, com isto, ofenderem os direitos e liberdades fundamentais (CF, art. 5º, **caput** e XLI), os princípios da ordem econômica da livre iniciativa (CF, art. 1º, IV) e da livre concorrência (CF, art. 170, **caput**, IV e § único) e violarem as regras de exploração direta de atividade econômica pelo Estado (CF, art. 173).

DA LEGITIMAÇÃO ATIVA

A Lei nº 9.882, de 1999, art. 2º, I, estabelece como legitimados para propor ADPF todos os legitimados para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) ou Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), conforme elencado no art. 103 da Constituição Federal.

O PHS detém legitimação ativa para a causa tendo em vista estar representado no Congresso Nacional por quatro Deputados Federais.

Concernentemente à pertinência temática da matéria aqui arguida, o Supremo Tribunal Federal (STF), em Medida Cautelar na ADI

1.407¹, reconheceu que os partidos políticos podem arguir a “inconstitucionalidade de atos normativos federais, estaduais ou distritais, independentemente de seu conteúdo material, eis que não incide sobre as agremiações partidárias a restrição jurisprudencial derivada do vínculo de pertinência temática”.

DOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS

Os atos normativos impugnados na presente ADPF tem o seguinte teor, **verbis**:

“Decreto-lei nº 3.688, de 1941 (Lei das Contravenções Penais - LCP)

Art. 50. Estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele:

Pena – prisão simples, de três meses a um ano, e multa, de dois a quinze contos de réis, estendendo-se os efeitos da condenação à perda dos moveis e objetos de decoração do local.

§ 1º A pena é aumentada de um terço, se existe entre os empregados ou participa do jogo pessoa menor de dezoito anos.

§ 2º Incorre na pena de multa, de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a R\$200.000,00 (duzentos mil reais), quem é encontrado a participar do jogo, ainda que pela internet ou por qualquer outro meio de comunicação, como ponteiro ou apostador.

§ 3º Consideram-se, jogos de azar:

a) o jogo em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte;

b) as apostas sobre corrida de cavalos fora de hipódromo ou de local onde sejam autorizadas;

c) as apostas sobre qualquer outra competição esportiva.

§ 4º Equiparam-se, para os efeitos penais, a lugar acessível ao público:

a) a casa particular em que se realizam jogos de azar, quando deles habitualmente participam pessoas que não sejam da família de quem a ocupa;

b) o hotel ou casa de habitação coletiva, a cujos hóspedes e moradores se proporciona jogo de azar;

c) a sede ou dependência de sociedade ou associação, em que se realiza jogo de azar;

d) o estabelecimento destinado à exploração de jogo de azar, ainda que se dissimule esse destino.

Decreto-lei nº 9.215, de 30 de abril de 1946

Proíbe a prática ou a exploração de jogos de azar em todo o território nacional.

O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o artigo 180 da Constituição, e

¹ Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.407. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 7 de março de 1996. Diário da Justiça, p. 86, Brasília, DF, 24 nov. 2000.

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;

Considerando que as licenças e concessões para a prática e exploração de jogos de azar na Capital Federal e nas estâncias hidroterápicas, balneárias ou climáticas foram dadas a título precário, podendo ser cassadas a qualquer momento:

DECRETA:

Art. 1º Fica restaurada em todo o território nacional a vigência do artigo 50 e seus parágrafos da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei nº 3.688, de 2 de Outubro de 1941).

Art. 2º Esta Lei revoga os Decretos-leis nº 241, de 4 de Fevereiro de 1938, nº 5.089, de 15 de Dezembro de 1942 e nº 5.192, de 14 de Janeiro de 1943 e disposições em contrário.

Art. 3º Ficam declaradas nulas e sem efeito todas as licenças, concessões ou autorizações dadas pelas autoridades federais, estaduais ou municipais, com fundamento nas leis ora, revogadas, ou que, de qualquer forma, contenham autorização em contrário ao disposto no artigo 50 e seus Parágrafos da Lei das Contravenções penais.

Art. 4º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.”

Conforme se demonstrará, a recepção do art. 50 da LCP e do Decreto-lei nº 9.215, de 1946, ofende injustificadamente a liberdade individual e contraria os ditames constitucionais da ordem econômica. Com efeito, as normas impugnadas criam de forma indireta uma reserva de mercado para a atividade econômica dos jogos de azar, que é explorada monopolisticamente pelo Poder Público.

Por esses motivos, os atos normativos atacados são incompatíveis materialmente com a Constituição de 1988, por violar o preceito fundamental do art. 1º, IV, os direitos e garantias individuais do art. 5º, **caput** e XLI, e os princípios constitucionais da ordem econômica do art. 170, **caput**, IV e parágrafo único, e art. 173.

DO CABIMENTO DA ADPF

A Lei nº 9.882, de 1999, art. 1º, define que a ADPF terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público em sentido amplo, cabendo inclusive quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

A ADPF pode ser manejada em face de qualquer ato do Poder Público, não se restringindo àqueles de conteúdo normativo. Entende-se por ato emanado do Poder Público, para efeito de avaliação de cabimento de

ADPF, aqueles produzidos pelo governo federal, estadual ou municipal que possuam natureza administrativa, judicial ou normativa e tenham possivelmente violado preceito fundamental.

No tocante a exigência de subsidiariedade da ADPF, o STF, no julgamento da ADPF nº 17², entendeu que este requisito deve ser interpretado de maneira restritiva, pois “*a indevida aplicação do princípio da subsidiariedade poderia afetar a utilização dessa relevantíssima ação de índole constitucional, o que representaria, em última análise, a inaceitável frustração do sistema de proteção, instituído na Carta Política, de valores essenciais, de preceitos fundamentais e de direitos básicos, com grave comprometimento da própria efetividade da Constituição*”.

Por se tratar da recepção de norma editada antes da Constituição 1988, as ações diretas de controle de constitucionalidade mostram-se incapazes de fazer cessar ou prevenir a violação ora questionada. Dessa maneira, a ADPF é a única forma de evitar a permanência da violação dos preceitos fundamentais que aqui se visa proteger.

DA PREVENÇÃO

No RE 966177, com repercussão geral, Tema 924, da relatoria do Ministro Luiz Fux, vem sendo apreciada pelo STF a tipicidade das condutas de estabelecer e explorar jogos de azar, bem como a recepção pela Constituição de 1988 do ***caput*** do art. 50 do Decreto-lei nº 3.688, de 1941, ***verbis***:

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. (RE 966177 RG/RS, Relator Min. Luiz Fux, DJe -246, div. 18/11/2016, pub. 21/11/2016)

Em seu voto, o Ministro Relator destacou que a questão controvertida no RE 966177 “*encerra análises de tema constitucional relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, ultrapassando os interesses subjetivos da causa, amerecer 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.*”

Concluiu o Ministro Luiz Fux que a questão posta à apreciação do STF 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.

² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 17. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 20 de setembro de 2001. Diário de Justiça da União, 28 set. 2001.

Assim sendo, muito embora de classes diferentes, entende-se prevento o Senhor Ministro Luiz Fux para relatar a presente ADPF em razão da matéria.

DOS FATOS

Conceito de jogo de azar

O Decreto-lei nº 3.688, de 1941, art. 50, §3º, considera como jogo de azar: *"a) o jogo em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte; b) as apostas sobre corrida de cavalos fora de hipódromo ou de local onde sejam autorizadas; c) as apostas sobre qualquer outra competição esportiva."*

Do conceito legal se extrai que jogo de azar é aquele em que o jogador não pode com suas habilidades interferir no resultado final. Ou seja, no jogo de azar o ganho e a perda dependam exclusivamente ou principalmente da sorte.

Assim sendo, é correto afirmar que jogos lotéricos explorados pela Caixa Econômica Federal e pelas Loterias Estaduais são considerados jogos de azar e que, portanto, a exploração desta atividade econômica é lícita no Brasil.

Conclui-se, portanto, que é ilícito apenas a exploração da atividade econômica dos jogos de azar por particulares.

A legislação brasileira sobre jogos de azar

O Brasil possui uma legislação antiga de regulamentação dos jogos de azar. Passa-se a demonstrar, em ordem cronológica, a evolução legal da regulamentação do jogo de azar e como a sua exploração econômica era liberada à iniciativa privada e como passou a ser monopólio da União, por meio do art. 50 da LCP e do Decreto-lei nº 9.215, de 1946.

Inicialmente, o Decreto nº 21.143, de 1932, regulamentou os jogos de azar lotéricos, atribuiu-lhes o caráter de serviço público concedido mediante concorrência pública e proibiu o "jogo do bicho".

Posteriormente, o Decreto-lei nº 241, de 1938, autorizou a exploração econômica dos jogos de azar por particulares e regulamentou a licença para funcionamento dos cassinos.

Três anos depois, o Decreto-lei nº 3.688, de 1941, proibiu no art. 50 o estabelecimento ou a exploração de jogo de azar por particulares em lugar público ou acessível ao público.

No ano seguinte, o Decreto-lei nº 4.866, de 1942, excetuou da proibição do art. 50 da LCP os estabelecimentos privados licenciados na forma do Decreto-lei nº 241, de 1938.

Em 1943, o Decreto-lei nº 2.980 consolidou as disposições legais sobre os jogos de azar explorados pelas loterias federal e dos estados e manteve o seu caráter de serviço público.

Em 1944, nessa mesma linha, o Decreto-lei nº 6.259 manteve a atividade econômica dos jogos de azar pelas loterias como serviço público explorado diretamente ou por meio de concessionários.

O caráter de serviço público dos jogos de azar de loteria foi mantido no Decreto-lei nº 204, de 1967, que proibiu a concessão de serviços lotéricos.

Oito anos após a regulamentação da exploração dos jogos de azar por particulares, o Decreto-lei nº 9.215, de 1946, revogou os Decretos-leis nº 241, de 1938, e declarou nulas e sem efeito as licenças, concessões ou autorizações aos particulares para explorar jogos de azar. Com isso, o Decreto-lei nº 9.215, de 1946, criou para o Estado o monopólio da exploração dos jogos de azar.

O assunto voltou a ser tratado na Medida Provisória nº 168, de 2004, que proibia a exploração de todas as modalidades de jogos de bingo e jogos em máquinas eletrônicas denominadas "caça-níqueis", independentemente dos nomes de fantasia. Essa Medida Provisória perdeu eficácia em 5/4/2004, quando o Senado Federal rejeitou os pressupostos constitucionais de relevância e urgência da norma e determinou o seu arquivamento.

Recentemente, a Lei nº 13.756, de 12 de dezembro 2018, derrogou a alínea "c" do § 3º do art. 50 da LCP e legalizou o jogo esportivo em que apostador sabe quanto ganhará. A legalização das apostas esportivas de cota fixa abriu à iniciativa privada a possibilidade de explorar o jogo.³ Conforme o art. 23 da norma, a União credenciará, no prazo de dois anos, operadores privados para oferecer esse tipo de aposta que poderá ser feita inclusive *online*.

Das contradições das normas impugnadas

O primeiro ponto que merece reparo no Decreto-lei nº 9.215, de 1946, é a contradição entre a motivação da norma e a consequência legal decorrente.

Conforme explicitado, a edição da norma foi motivada no imperativo da consciência universal de repressão aos jogos de azar, na legislação penal comparada – a qual conteria preceitos de repressão aos jogos de azar –, na tradição moral jurídica e religiosa do povo brasileiro e nos abusos nocivos à moral e aos bons costumes.

³ Art. 29. Fica criada a modalidade lotérica, sob a forma de serviço público exclusivo da União, denominada apostas de quota fixa, cuja exploração comercial ocorrerá em todo o território nacional. § 1º A modalidade lotérica de que trata o caput deste artigo consiste em sistema de apostas relativas a eventos reais de temática esportiva, em que é definido, no momento de efetivação da aposta, quanto o apostador pode ganhar em caso de acerto do prognóstico. §2º A loteria de apostas de quota fixa será autorizada ou concedida pelo Ministério da Fazenda e será explorada, exclusivamente, em ambiente concorrencial, com possibilidade de ser comercializada em quaisquer canais de distribuição comercial, físicos e em meios virtuais. §3º O Ministério da Fazenda regulamentará no prazo de até 2 (dois) anos, prorrogável por até igual período, a contar da data de publicação desta Lei, o disposto neste artigo.

Todavia, apesar da motivação expressa, o Decreto-lei nº 9.215, de 1946, não proibiu o jogo de azar no Brasil. Apenas criou uma reserva de mercado estatal que vem sendo explorada de forma monopolística pela União, por intermédio da Caixa Econômica Federal e pelas loterias Estaduais.

Há uma clara contradição, pois conforme o Decreto-lei nº 9.215, de 1946, só o jogo de azar explorado pela iniciativa privada ofende a moral jurídica e religiosa e os bons costumes da sociedade brasileira, enquanto o jogo de azar explorado pelo Estado, não.

O Estado em virtude do disposto no *caput* do art. 37 está obrigado a atuar de forma a atender aos princípios da legalidade, da impessoalidade e da moralidade, bem como todos os subprincípios que lhes são correlatos, a exemplo da igualdade, da proporcionalidade, razoabilidade. Logo, não é razoável ou legítimo que o Decreto-lei nº 9.215, de 1946, obrigue somente o particular a guiar-se pela “moral jurídica e religiosa e pelos bons costumes”.

A melhor doutrina identifica que o bem jurídico tutelado pelo art. 50 da LCP e pelo Decreto-lei 9.215, de 1946, é “os bons costumes”. Ora, trata-se de conceito mutável com o tempo. Conceitos fluidos e indeterminados como moral e bons costumes sofrem grande mutação conforme a sociedade evolui, se aperfeiçoa, se integra e se aculta com o contato com sociedades de outros países. Boa parte do que era contrário a moral jurídica e religiosa e aos bons costumes em 1946, provavelmente deixou de ser atualmente. Da mesma forma, o que é perfeitamente normal nos dias de hoje, poderia ser considerado imoral ou antijurídico nos anos 40.

Segundo Claus Roxin⁴, o legislador não possui competência para castigar pela sua imoralidade condutas não lesivas de bens jurídicos. Escreve o renomado professor alemão que a “moral, ainda que amiúde se suponha o contrário, não é nenhum bem jurídico — no sentido em que temos precisado tal conceito, deduzindo-o do fim do direito penal. Se uma acção não afecta o âmbito de liberdade de ninguém, nem tão-pouco pode escandalizar directamente os sentimentos de algum espectador porque é mantida oculta na esfera privada, a sua punição deixa de ter um fim de proteção no sentido atrás exposto. **Evitar condutas meramente imorais não constitui tarefa do direito penal**”. (grifo nosso)

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli ensinam que a moral em sentido estrito não pode ser considerada um bem jurídico. Segundo os autores, a “moral pública é um sentimento de pudor, que se supõe ter o direito de tê-la, e que é bom que a população a tenha, mas se alguém carece de tal sentimento, não se pode obrigar a que o tenha, nem que se comporte como se o tivesse, na medida em que não lesionem o sentimento daqueles que o têm”.⁵

A racionalidade que deve marcar o direito penal exige que este cuide daquelas ações cuja danosidade social afete de modo grave os

⁴ ROXIN, Claus. Problemas fundamentais de Direito Penal, Lisboa, Editora Vega, tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, reimpressão 2004, p. 29/30.

⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. In Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 467.

pressupostos imprescindíveis à convivência social. Nesse sentido, com o advento da Constituição Federal e a evolução do pensamento e do sentimento social não se vislumbra nas normas impugnadas a legitimidade exigida pelo Direito Penal. Assim sendo, não mais se justifica – se é que algum dia se justificou – num Estado Democrático de Direito, calcado na dignidade da pessoa humana, que pressupõe a liberdade de autodeterminação, que se considere criminosa, por ofensa à moral jurídica e religiosa e os bons costumes, uma atividade que o próprio Estado explora.

O segundo ponto a destacar no Decreto-lei nº 9.215, de 1946, é a improriedade legal do art. 1º da norma. Com efeito, o mencionado dispositivo reprise a vigência do art. 50 da Lei das Contravenções Penais, muito embora o mencionado artigo nunca tenha sido revogado. De fato, o Decreto-lei nº 4.866, de 1942, não revogou o art. 50 da LCP. Apenas excetuou da proibição prevista no dispositivo os estabelecimentos privados licenciados para explorar os jogos de azar, na forma do Decreto-lei nº 241, de 1938.

Ainda que fosse coerente e verdadeira para a época a motivação da edição do Decreto-lei nº 9.215, de 1946, esta não mais subsiste nos dias de hoje. Com efeito, as justificativas para a edição da norma de que a "*repressão aos jogos de azar é um imperativo da consciência universal*" e de que a "*legislação penal de todos os povos cultos contém preceitos tendentes a esse fim*" (sic) não correspondem à realidade atual.

Segundo dados da Organização Mundial do Turismo (OMT), 71% dos países filiados legalizaram o jogo de azar. Dos 29% que ainda o proíbem, 75% são países islâmicos. No G20, grupo das 20 maiores economias do mundo, 93% legalizaram o jogo de azar. Somente três países, Brasil, Arábia Saudita e Indonésia, ainda criminalizam o jogo privado.

Na Organização das Nações Unidas (ONU), 147 dos 193 países membros (76%) têm legislação autorizando a iniciativa privada a explorar o jogo de azar. O Brasil encontra-se entre os 46 países que criminalizam o jogo de azar privado.

Finalmente, no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), apenas a Islândia não permite jogos de azar em seu território.

Dados do Instituto Brasileiro do Jogo Legal, apresentados em audiência pública na Câmara dos Deputados em 2016, na Comissão Especial do PL 442/1991, indicam que existem 6.848 cassinos pelo mundo, assim distribuídos: 2.458 na América do Norte (1988 nos EUA e 157 no Canadá); 535 na América do Sul (160 na Argentina, 86 na Colômbia, 61 no Peru, 35 no Uruguai, 6 no Paraguai e 28 no Chile); 198 na África; 270 na Ásia; 161 no Caribe; 2.624 na Europa (461 na França, 147 no Reino Unido, 321 na, 119 da Holanda e 91 na Espanha); e 524 na Oceania.⁶

A maioria dos países, ao invés de proibir a exploração pela iniciativa privada dos jogos de azar, implantou um forte aparato regulatório para

⁶ Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-0442-91-marco-regulatorio-dos-jogos-no-brasil/documentos/audiencias-publicas/magnho-jose-santos-de-sousa>

coibir as atividades ilícitas que eram associadas ao jogo e garantir a percepção de benefícios econômicos e sociais.

Em audiência pública na Comissão Especial do PL 442/1991, o Sr. Carlos Ragazzo da FGV Direito, apontou vários benefícios econômicos importantes que adviriam da legalização do jogo. Primeiro, possibilitar a revitalização econômica de regiões depredadas e investimentos culturais, a exemplo do que ocorreu em Illinois, nos EUA. Segundo, pesquisas mostram que, além dos empregos diretos, os cassinos têm um multiplicador de empregos de 1,7. Terceiro, possibilidade de arrecadação de impostos. O palestrante ressaltou o exemplo do Estado de Nevada - EUA, onde a receita de impostos de cassinos corresponde à metade da arrecadação estadual, e da cidade de Illinois que arrecadava mais de US\$ 500 milhões por ano.⁷

Nosso país permanece inerte diante da evolução mundial nas formas regulatórias dos jogos de azar. Como efeito desse isolamento, há, entre nós, um desconhecimento generalizado a respeito das práticas globais mais modernas. Outro efeito negativo dessa visão arcaica, é sofremos com a perda de atratividade para grandes investidores estrangeiros do setor de turismo; perdemos a oportunidade de gerar mais investimentos e emprego formais; convivemos com um real cenário de ilegalidade e clandestinidade dos jogos; e, finalmente, deixamos de aferir receitas tributárias significativas.

A sanção da Lei nº 13.756, 2018, aprofundou a contradição existente em relação à legalização da exploração dos jogos de azar pela iniciativa privada. Segundo avaliação de especialistas, a regulamentação ajudará o governo federal a arrecadar com as apostas. Se não houver nenhuma faixa de isenção, a tributação sobre premiação poderia render cerca de R\$ 1 bilhão, considerando o movimento atual desse mercado no Brasil. Para operar legalmente no país, as grandes casas de apostas *on line* também pagariam ao governo para ter a licença.⁸

O Brasil deixa de utilizar a exploração privada dos jogos de azar como um instrumento de política regional, de forma a repetir nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste experiências exitosas, como a que ocorreu em outros países.

DA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

No julgamento da ADI 1055/DF⁹, ao decidir pela inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 427, de 11/2/1994, convertida na

⁷ Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoestemporarias/especiais/55a-legislatura/pl-0442-91-marco-regulatorio-dos-jogos-no-brasil/documentos/audiencias-publicas/carlos-emmanuel-joppert-ragazzo-doutor-em-direito-e-professor-da-fgv>

⁸ Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/esporte/2018/12/lei-e-promulgada-e-sites-de-apostas-poderao-patrocinar-timesbrasileiros.shtml>

⁹ Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Medida Provisória 427, de 11.02.1994, reeditada pela Medida Provisória 449, de 17.03.1994, convertida na Lei 8.866, de 11.04.1994. Depositário infiel de valor pertencente à Fazenda Pública. 3. Inconstitucionalidade. Matéria pacificada no julgamento do RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso. 4. Ação de depósito fiscal. Pagamento apenas em dinheiro. Violação aos princípios da proporcionalidade, do devido processo legal e

Lei nº 8.866, de 1994, a qual dispunha sobre o depositário infiel de valor pertencente à Fazenda Pública, o STF fixou entendimento sobre a necessidade de aferir a compatibilidade da lei aos fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade, isto é, de se proceder à censura sobre a adequação e a necessidade do ato legislativo.

Segundo o Relator, Ministro Gilmar Mendes, a inconstitucionalidade por excesso de poder legislativo ocorre quando há uma incompatibilidade da lei aos fins constitucionalmente previstos ou quando há ofensa ao princípio da proporcionalidade, isto é, quando há conflito entre a adequação e a necessidade do ato legislativo. Escreve o eminentíssimo Relator em seu voto, **verbis**:

"Considero que o vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso de Poder Legislativo constitua um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade hodierno."

Cuida-se de aferir a compatibilidade da lei aos fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade (Verhältnismässigkeitsprinzip), isto é, de se proceder à censura sobre a adequação (Geeignetheit) e a necessidade (Erforderlichkeit) do ato legislativo.

O excesso de poder como manifestação de inconstitucionalidade configura afirmação da censura judicial no âmbito da discricionariedade legislativa ou, como assente na doutrina alemã, na esfera de liberdade de conformação do legislador (gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit).

A inconstitucionalidade por excesso de poder legislativo introduz delicada questão relativa aos limites funcionais da jurisdição constitucional. Não se trata, propriamente, de sindicar os motivi interiori della volizione legislativa.

Também, não se cuida de investigar, exclusivamente, a finalidade da lei, invadindo seara reservada ao Poder Legislativo, tendo em vista que isso envolveria o próprio mérito do ato legislativo.

Na Alemanha, a Corte Constitucional assentou, em uma de suas primeiras decisões (23.10.1951), que sua competência cingia-se à apreciação da legitimidade de uma norma, sendo-lhe defeso cogitar de sua conveniência (Zweckmässigkeit).

Todavia, "a questão sobre a liberdade discricionária outorgada ao legislador, bem como sobre os limites dessa liberdade, é uma questão jurídica suscetível de aferição judicial".

O conceito de discricionariedade no âmbito da legislação traduz, a um só tempo, ideia de liberdade e de limitação. Reconhece-se ao legislador o poder de conformação dentro de limites estabelecidos pela Constituição. E, dentro desses limites, diferentes condutas podem ser consideradas legítimas.

Por outro lado, o poder de legislar contempla, igualmente, o dever de legislar, no sentido de assegurar uma proteção suficiente dos direitos fundamentais (Untermassverbot)."

do contraditório e da ampla defesa 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 1055/DF, Relator Ministro GILMAR MENDES, pub. DJE 1º/8/2017, Ata nº 102/2017, DJE nº 168, div. 31/07/2017)

Quando se observa as contradições acima apontadas nas normas impugnadas, fica patente a desproporcionalidade e o excesso de poder legislativo. Basta a leitura da motivação expressa do Decreto-lei nº 9.215, de 1946, para se constatar isto.

Primeiro, os dados acima expostos demonstram que não existia, e nem existe hoje, um “*imperativo da consciência universal*” de repressão dos jogos de azar e nem corresponde à realidade a afirmação de que “*legislação penal de todos os povos cultos contém preceitos tendentes a esse fim*”. Muito pelo contrário, o Brasil é dos poucos países do mundo que proíbe a iniciativa privada de explorar a atividade econômica dos jogos de azar.

Segundo, não correspondia a realidade à época – e muito menos hoje - a justificativa de que “*a tradição moral jurídica e religiosa do povo brasileiro é contrária à prática e à exploração e jogos de azar*” e de que a exploração desta atividade econômica é nociva “*à moral e aos bons costumes*”.

Como dito anteriormente, as normas impugnadas criaram uma reserva de mercado para ser explorada unicamente pelo Estado. Portanto, considerando que o Estado explorava e continua explorando jogos de azar, não é razoável admitir que só a exploração privada dos jogos de azar ofenda tradição a moral jurídica e religiosa e os bons costumes.

DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS

Da violação ao art. 5º, *caput* e XLI

Prevê o art. 5º da Constituição, **verbis**:

“*Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

(...)

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;”

A liberdade individual é o fundamento da Constituição de 1988. O princípio constitucional da isonomia, requisito essencial de qualquer regime republicano e democrático, exige que o tratamento diferenciado seja acompanhado de causas jurídicas suficientes para amparar a discriminação. Não se admite que o Estado imponha ou tolere, sem justificativa, um tratamento discriminatório em relação à atividade da iniciativa privada.

No caso da presente ADPF, o art. 50 da LCP e o Decreto-lei nº 9.215, de 1946, ao reservar para o Estado o direito de explorar sozinho a atividade econômica dos jogos de azar e tipificar como crime a exploração privada, sem justificativa aceitável, cria uma notória situação de desigualdade que ofende o direito fundamental de igualdade previsto no art. 5º, **caput**, e a previsão do art. 5º, XLI, segundo a qual a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

A manutenção da proibição não é razoável e nem proporcional. Nenhuma das motivações elencadas para a edição da norma se sustenta atualmente. Permitir à iniciativa privada explorar a atividade econômica do jogo de azar não ofende a moral e os bons costumes e está em perfeita sintonia com a legislação da grande maioria dos países do mundo.

A proibição imposta pelas normas atacadas não encontra sustentação e validade na Constituição de 1988. Os atos normativos impugnados ofendem a liberdade individual das pessoas ao proibir e prever como crime a exploração pelo particular da atividade econômica dos jogos de azar.

O tipo penal do art. 50 da LCP e o Decreto-lei 9.215, de 1946, são um exemplo claro do dirigismo estatal quanto às liberdades individuais ao estabelecerem, sem motivo razoável, um tratamento desigual às pessoas físicas e jurídicas privadas, e ao preverem, na prática, que só o Estado está autorizado a explorar a atividade econômica dos jogos de azar.

Em matéria penal, o princípio da ofensividade vincula toda a atividade de interpretação e aplicação da lei. O STF, no julgamento do HC 104.410, consagrou o princípio da lesividade, intrinsecamente conectado com o princípio da proporcionalidade, como limite não apenas à atividade judicial de interpretação/aplicação das normas penais, mas também à própria atividade legislativa de criação/conformação dos tipos legais incriminadores. Isso possibilita ao STF o exercício da fiscalização da constitucionalidade das leis em matéria penal.

Nesse aspecto, verifica-se que criminalizar a atividade econômica privada dos jogos de azar não é adequada e proporcional. Seja porque pela inadequação do bem juridicamente tutelado pelo art. 50 da LCP e pelo Decreto-lei 9.215, de 1946, – “moral e dos bons costumes” –, seja porque o Estado que proíbe, é o mesmo que explora o jogo de azar.

A criminalização só se justifica para a manutenção do monopólio estatal. Em outras palavras, quando o indivíduo gasta seu dinheiro em jogos da Caixa Econômica Federal não há ofensa à “moral e aos “bons costumes”. Isso sem falar nas inúmeras propagandas estatais estimulando as pessoas a jogar nas loterias da CEF

A ofensa à liberdade individual é patente. O indivíduo, se desejar fazer uma aposta, é obrigado a fazê-lo nos órgãos do Estado. Para exercer seu direito de apostar em empresas privadas, o indivíduo é obrigado a ir para o exterior ou praticar um crime.

Um dado revelador dessa incongruência é que o Poder Judiciário, notadamente o STF, no julgamento da CR 9970/Estados Unidos da América¹⁰, e o STJ, mais recentemente no REsp 1628974/SP¹¹, reconhecem a juridicidade das dívidas de jogo de azar contraídas no exterior e admitem a sua cobrança judicial. Ou seja, a dívida de jogo de azar contraída em estabelecimento privado no exterior pode ser cobrada no Brasil porque não atenta contra a

¹⁰ CR/EUA 9970, Rel. MINISTRO PRESIDENTE - MINISTRO MARCO AURÉLIO, pub. DJ 1/4/2002, p. 3.

¹¹ REsp 1628974/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, 3^a Turma, DJe 25/08/2017.

ordem pública e “os bons costumes” e, portanto, não encontra óbice no art. 50 da LCP e no Decreto-lei 9.215, de 1946.

Da violação ao art. 1º, IV art. 170, *caput*, IV e parágrafo único, e art. 173, *caput*.

A Carta Constitucional, no título referente a Ordem Econômica e Financeira, estabelece, ***verbis***:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(…)

IV - livre concorrência;

(…)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

(…)

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

A Constituição Federal optou por um sistema capitalista, no qual é primordial o papel da livre iniciativa. O STF, na AC 1.657- MC, já fixou o entendimento que o ***caput*** do art. 170 encerra uma cláusula geral, cujo conteúdo é preenchido pelos incisos do mesmo artigo, e que estes princípios *claramente definem a liberdade de iniciativa não como uma liberdade anárquica, mas como social, e que pode, consequentemente, ser limitada*. A limitação, todavia, não pode ser desproporcional e nem desarrazoada, sob pena de ofensa constitucional.

Nesse sentido, ofende a regra da livre concorrência a manutenção do monopólio da atividade econômica dos jogos de azar pelo Estado, sem justificativa e sem observar a regra do art. 173 da Constituição. Com efeito, o art. 173 indica as hipóteses nas quais é admitida a exploração direta da atividade econômica pelo Estado. Trata-se de exploração direta de atividade econômica em sentido estrito, conforme descritos no art. 21, XXIII, e 177 da Carta Constitucional.

Nenhuma das exigências constitucionais foi preenchida no caso específico das normas impugnadas. De acordo com o mencionado art. 173, apenas em duas hipóteses a exploração direta de atividade econômica em sentido estrito é admitida: a) quando necessária aos imperativos da segurança nacional; ou b) em caso de relevante interesse coletivo, definido em lei.

Ainda que se admita a recepção do Decreto-lei nº 204, de 1967, somente a modalidade de jogo de azar denominado loterias constitui serviço público exclusivo da União. Logo, as demais modalidades de jogos de azar, não consideradas serviço público, poderiam ser exploradas pela iniciativa

privada, caso o art. 50 da LCP e o Decreto-lei 9.215, de 1946, sejam considerados não recepcionados pela Constituição de 1988.

Em respeito aos princípios e fundamentos da ordem econômica, a intervenção estatal na iniciativa privada de exploração dos jogos de azar deveria ocorrer na forma do **caput** do art. 174, mediante a normatização e regulação desta atividade econômica por intermédio da fiscalização e do incentivo.

O art. 50 da LCP e o Decreto-lei nº 9.215, de 1946, só se justificam no atual estágio da vida social brasileira para a manutenção do monopólio estatal dos jogos de azar, em detrimento da livre iniciativa. Não há qualquer justificativa estratégica do ponto de vista econômico ou social para manter a exclusividade do Estado.

DO PEDIDO DE LIMINAR

Por todo o exposto fica clara a probabilidade do direito e a não recepção pela Constituição de 1988 do art. 50 do Decreto-lei nº 3.688, de 1941, (Lei de Contravenções Penais) e do Decreto-lei nº 9.215, de 1946, em razão de violarem materialmente os preceitos fundamentais do art. 1º, IV, art. 5º, **caput** e XLI, do art. 170, **caput**, IV e parágrafo único, e do art. 173.

A liberação da exploração de jogos de azar pela iniciativa privada é uma clara oportunidade de geração de renda, de empregos e de arrecadação de tributos, num quadro em que os Entes Federados precisam de alternativas econômicas para voltar a crescer.

O Governador e o Prefeito do Rio de Janeiro, por exemplo, defendem a liberação do jogo como uma alternativa para superar a crise fiscal que os Entes federados enfrentam.

O Prefeito da cidade do Rio de Janeiro, Marcelo Crivella defendeu a construção de um complexo turístico, com *resort* e cassino. Segundo os jornais, a proposta defendida pelo Prefeito é licenciar, no máximo, quatro *resorts* no país aos moldes do Marina Bay Sands, um complexo hoteleiro e de lazer de luxo em Cingapura. Ao defender sua proposta, o Prefeito do Rio de Janeiro disse ser "*contra o vício, mas também contra a miséria, o desemprego e a estagnação da economia.*"¹²

Também o recém empossado Governador do Rio de Janeiro, Wilson Witzel, defendeu a legalização do jogo no país, como uma forma de gerar recursos. Segundo o Governador, a legalização do jogo no país poderá beneficiar diretamente o Estado, que é o principal portão de entrada de estrangeiros no Brasil e o maior destino turístico interno. Nas palavras do Chefe do Poder Executivo Estadual, "*estamos empenhados em aprovar agora a legislação que permite a instalação de cassinos no estado do Rio de Janeiro. Não é possível que, só em Las Vegas, pessoas gastem fortunas. Aqui também há espaços para sediar cassinos e têm oportunidades para isso. É só*

¹² Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/prefeito-defende-que-congresso-libere-cassino-apenas-em-resorts-23312582>

aperfeiçoar os mecanismos de controle e não haverá nenhum tipo de problema. Certamente, o estado muito ganhará e vai se beneficiar".¹³

Diante de todo o exposto, presentes os requisitos do art. 5º, *caput* e §3º, da Lei nº 9.882, de 1999, **REQUER-SE a concessão da tutela de urgência para suspender as normas atacadas até o julgamento do mérito da presente ADPF.**

DOS PEDIDOS DEFINITIVOS

Por todo o exposto, **REQUER-SE:**

- a) a notificação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, na forma dos art. 5º, § 2º, e 7º, parágrafo único, todos da Lei nº 9.882, de 1999;
- c) a confirmação da medida liminar concedida;
- d) a procedência da presente Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental para que sejam declarados não recepcionados pela Constituição de 1988 o art. 50 do Decreto-lei nº 3.688, de 1941, (Lei de Contravenções Penais) e o Decreto-lei nº 9.215, de 1946.

Nestes Termos,

Pede Deferimento.

Brasília, de fevereiro de 2019

JOÃO CALDAS

OAB/DF 57515

¹³ Disponível em: <https://www.terra.com.br/economia/witzel-defende-jogo-legalizado-no-brasil,edbc4bef5502d391a86d760283c42dd08v6otlmr.html>