



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

N.º 419/2019 – SFCNST/PGR
Sistema Único nº 235.730/2019

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 563/DF

ARGUENTE: Partido Humanista da Solidariedade – PHS
INTERESSADO: Presidente da República
RELATOR: Ministro Edson Fachin

Excelentíssimo Senhor Ministro Edson Fachin,

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. OBSERVÂNCIA. LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAS. 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 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.

I

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Partido Humanista da Solidariedade – PHS, em face do art. 50 do Decreto-Lei 3.688/1941 (Lei de Contravenções Penais) e a integralidade do Decreto-Lei 9.215/1946 que tratam, respectivamente, da punição de particulares que explorem jogos de azar e da proibição da prática ou da exploração de jogos de azar em todo o território nacional.

O requerente, de início, afirma que o Decreto-Lei 9.215/1946 apresenta contradição entre a exposição de motivos e a consequência legal do monopólio estatal da exploração de jogos de azar, pois apenas o desempenho da atividade pela iniciativa privada é considerada como ofensiva à moral jurídica e religiosa e aos bons costumes da sociedade brasileira, enquanto jogos que dependem exclusiva ou preponderantemente da sorte são explorados pelo Estado. Defende ser o “*bom costume*” conceito fluido cuja percepção de 1946 não se aplica à sociedade atual. Afirma que o combate a condutas imorais não constitui tarefa do Direito Penal por inexistir danosidade que afete de modo grave os pressupostos necessários à convivência em sociedade. Sustenta que a maioria dos países permite a exploração de jogos de azar, havendo forte aparato regulatório para coibir condutas ilícitas a fim de garantir a obtenção de benefícios econômicos. Nesse sentido, argumenta que a inércia brasileira em regulamentar os jogos de azar significa perda da atratividade para turistas e investidores e, consequentemente, deixa-se de auferir receitas e criar empregos. Sobre a Lei 13.756/2018 (que cria a modalidade lotérica de “*apostas por quota fixa*”), afirma tratar-se de norma que acentua a contradição relacionada à possibilidade de ganhos financeiros para o Estado e as restrições impostas à iniciativa privada para a exploração de jogos de azar. Aponta afronta ao princípio da proporcionalidade por excesso de poder legislativo (CF, 5.º-LIV); aos direitos fundamentais de igualdade e de liberdade individual (CF, 5.º-*caput* e XLI); aos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa (CF, arts. 1.º-*caput* e 173).

O PHS requereu preferência no julgamento da ADPF em razão da notícia da privatização da Loteria Instantânea Exclusiva – LOTEX, em 6 de fevereiro de 2019 (peça 16).

O Partido da Mobilização Nacional – PMN (peça 10) e a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Turismo e Hospitalidade – CONTRATUH (peça 20) requereram ingresso na ação, como *amici curiae*. Em decisão interlocutória, o Ministro Relator admitiu a participação do PMN e da CONTRATUH como *amici curiae*. Na mesma oportunidade, com fundamento no art. 5.º-§2.º da Lei 9.882/1999, solicitou informações à Advocacia-Geral da União e à Procuradoria-Geral da República (peça 30).

A Advocacia-Geral da União suscitou preliminar de ausência de observação do princípio da subsidiariedade, considerando a afetação do RE 966.177/RS para julgamento segundo a sistemática de repercussão geral (Tema 924), seria prescindível a ADPF para a resolução de casos concretos e individuais. No mérito, argumentou que o uso da locução “*bons costumes*” na exposição de motivos do Decreto-Lei 9.215/1946 não invalida o juízo de proteção do interesse público. Sustentou que o art. 22-XX da Constituição atribuiu à União a competência privativa pra legislar sobre consórcios e sorteios, indicativo de que o Poder Constituinte Originário atentou-se ao fato de que os jogos de azar são responsáveis pela criação de vulnerabilidades diversas, que demandam diferentes níveis de vigilância estatal – de ordem social, econômica e saúde pública. Afirmou inexistir direito absoluto à livre concorrência, sendo admissível a intervenção estatal quando afrontados os interesses da coletividade. Sobre o alegado desrespeito ao princípio da igualdade, argumentou que a existência de leis sobre jogos de azar visam a coordenar bens jurídicos antagônicos em nome de toda a coletividade. Registra considerações sobre as consequências deletérias da legalização dos jogos de azar sob a perspectiva da segurança pública, da saúde dos indivíduos, dos gastos públicos e da ausência de aparato regulatório. Por fim, manifestou-se pela não conhecimento da arguição e, no mérito, pelo indeferimento da medida cautelar (peça 31).

É o relatório.

II

Arguição de descumprimento de preceito fundamental é ação constitucional vocacionada a preservar a integridade da ordem constitucional, à falta de outro meio eficaz para salvaguardá-la, em face de ato do poder público lesivo a preceitos fundamentais. Para fins de cabimento da arguição, o ato objurgado não precisa ostentar natureza normativa, bastando que emane do poder público e seja apto a lesar núcleo de preceitos, princípios e regras revestidos de essencialidade para a manutenção da ordem constitucional estabelecida.

A esse respeito, esclarece André Ramos Tavares:

A legislação, no que tange à modalidade direta de ADPF, foi enfática ao prever, em seu art. 1.º, que caberá ADPF em face de ato do Poder Público. Note-se, aqui, a extensão desse termo, que não se circunscreve apenas aos atos normativos do Poder Público. Portanto, e como primeira conclusão, a ADPF poderá servir para impugnar atos não-normativos, como os atos administrativos e os atos concretos, desde que emanados do Poder Público. Trata-se, já aqui, de atos não impugnáveis por via da ação direta de inconstitucionalidade.¹

Segundo o Ministro Celso de Mello:

O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado, exclusivamente, à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da Constituição da República. O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade.

Atos normativos anteriores à Constituição enquadraram-se na hipótese de cabimento a que se refere o art. 1.º-parágrafo único-I da Lei 9.882/1999². Tanto o art. 50 da Lei de Contravenções Penais quanto o Decreto-Lei 9.215/1946 são anteriores à ordem constitucional vigente, sendo passíveis de questionamento via controle concentrado, por intermédio de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

1 TAVARES, André Ramos. “Repensando a ADPF no complexo modelo brasileiro de controle da constitucionalidade”. In. CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras Complementares de Constitucional: Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 57-72.

2 “Art. 1.º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

A afetação do RE 966.177/RS para julgamento segundo a sistemática da repercução geral (Tema 924), por si só, não obsta o controle concentrado. O Supremo Tribunal Federal tem afirmado que a existência de ações e recursos nas instâncias ordinária e extraordinária não exclui, *a priori*, admissibilidade da ADPF, pois o princípio da subsidiariedade é considerado não pelo cabimento de instrumentos subjetivos de impugnação, mas em face dos processos objetivos de controle de constitucionalidade:

13. Princípio da subsidiariedade (art. 4.º, § 1.º, da Lei nº 9.868/99): inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão, compreendido no contexto da ordem constitucional global, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata.

14. A existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, *a priori*, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva dessa ação.³

No RE 966.177/RS, levaram-se ao conhecimento do STF decisões do Estado do Rio Grande do Sul que autorizavam a exploração de jogos de azar. No *leading case*, há a discussão de caso concreto. Já na ADPF em apreço, a questão trata da (in)compatibilidade do art. 50 da Lei de Contravenções Penais e do Decreto-Lei 9.215/1946 com a Constituição, sem que casos concretos ou individuais constem dos arrazoados.

Desse modo, verificada a ausência de utilização da ADPF a fim de obter resultado específico em casos concretos e pendentes de recursos próprios⁴, mostra-se atendido o princípio da subsidiariedade.

III

O requerente insurge-se contra atos normativos anteriores à Constituição que obstam a exploração dos jogos de apostas em dinheiro pela iniciativa privada ao argumento de que as vedações ofendem os princípios da liberdade, da livre iniciativa, da livre concorrência e da proporcionalidade (CF, arts. 1.º-IV; 5.º-*caput* e XLI; 170-*caput*-IV e parágrafo único; e 173-*caput*). O teor dos atos normativos impugnados é o seguinte:

3 STF. Plenário. ADPF 33/PA. Rel.: Min. Gilmar Mendes. 7/12/2005, maioria. *DJ*, 27 out. 2006; *RTJ*, v. 199, p. 873.

4 Por exemplo: STF. Plenário. AgR/ADPF 11/SP. Rel.: Min. SYDNEY SANCHES; redator para acórdão: Min. GILMAR MENDES, 18/11/2004. *DJ*, 5 ago. 2005; ADPF 17/AP. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. 5/11/2003. *DJ*, 14 fev. 2003; referendo na medida cautelar na ADPF 172/RJ. Rel.: Min. MARCO AURÉLIO. 10/6/2009. *DJe*, 21 ago. 2009.

Decreto-Lei 3.688/1941 (Lei de Contravenções Penais):

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.

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

§ 2.º In corre na pena de multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis, quem é encontrado a participar do jogo, como ponteiro ou apostador.

§ 3.º 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.

§ 4.º 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 9.215/1946:

Art. 1.º 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. 2.º 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. 3.º 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.

A legalização dos jogos de apostas em dinheiro, há décadas, suscita intenso embate político, social e jurídico no Brasil. Nas Ordenações Filipinas (1603-1830), já havia criminalização dos jogos de azar (Título LXXXII do Livro V). Ainda no Império, o primeiro jogo de azar regulamentado foi a loteria, instituída em Minas Gerais com o objetivo específico de angariar fundos para a construção de prédio na cidade de Vila Rica, atual Ouro

Preto. Com a vinda da Corte Portuguesa para o Brasil, apesar da permanente preocupação com a lisura dos sorteios, o tratamento legislativo era pontual, expressado na forma de proibições momentâneas de novas concessões ou autorizações de funcionamento em casos específicos. O primeiro ato normativo mais consistente foi o Decreto 357/1844, que “*regulava a extração de loterias em todo o Império*”. Anos mais tarde, por meio da Lei 1.099/1860, proibiram-se loterias e rifas de qualquer espécie⁵.

Após a instauração da República, deu-se continuidade à proibição dos jogos de azar (Decreto 847/1890)⁶. As loterias receberam tratamento diferenciado na fase republicana. Apesar de exploradas majoritariamente por particulares, em 1896, passaram a representar importante fonte de recursos para o orçamento público federal: concessionários lotéricos eram obrigados a recolher percentuais específicos ao Tesouro. O Decreto 3.638/1900 facultou aos Estados autorizar a instituição de loterias em seus territórios, regidas por leis federais⁷.

A Lei 3.987/1920, sancionada pelo presidente Epitácio Pessoa, permitiu a concessão de autorização temporária para o funcionamento de cassinos e balneários⁸. Na Era Vargas,

5 BARBOSA, Fabiano Jantália. *Marco Regulatório das Loterias no Brasil: reflexões sobre o presente e contribuições para o futuro.* p. 9. Disponível em: <<http://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/3789/2/1-lugar-Fabiano%20Jantalia%20Barbosa.pdf>> Acesso em 19/07/2019.

6 “CAPITULO III
DO JOGO E APOSTA

Art. 369. Ter casa de tavolagem, onde habitualmente se reunam pessoas, embora não paguem entrada, para jogar jogos de azar, ou estabelecerem em lugar frequentado pelo público:

Penas - de prisão celular por um a três meses; de perda para a fazenda pública de todos os aparelhos e instrumentos de jogo, dos utensílios, moveis e decoração da sala do jogo, e multa de 200\$ a 500\$000.

Paragrapho unico. Incorrerão na pena de multa de 50\$ a 100\$ os indivíduos que forem achados jogando.

Art. 370. Consideram-se jogos de azar aquelles em que o ganho e a perda dependem exclusivamente da sorte.

Paragrapho unico. Não se comprehendem na proibição dos jogos de azar as apostas de corridas a pé ou a cavalo, ou outras semelhantes.”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm> Acesso em 19/07/2019.

7 Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-3638-9-abril-1900-514347-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em 19/07/2019.

8 “Art. 14. Aos clubs e casinos das estações balnearias thermaes e climatericas poderá ser concedida autorização temporaria para a realização dos jogos de azar em locaes proprios o separados, mediante as seguintes condições:

§ 1.º Prévia licença da autoridade respectiva.

§ 2.º Na autorização deverão ser discriminados o prazo da concessão, a natureza dos jogos de azar permitidos, as medidas de localização por parte dos agentes da autoridade, condições de admissão nas salas de jogo, as horas de abertura e de encerramento, a taxa de 15 % devida e a maneira de cobral-a.

§ 3.º Nas salas do jogo só poderão ter entrada pessoas maiores.

§ 4.º A autorização poderá ser cassada, em caso de inobservância das cláusulas preestabelecidas, a pedido justificado do Conselho Municipal, ou quando assim o entender o poder público, sem que aos concessionários assista direito a qualquer indemnização.

§ 5.º Cada club ou casino que obtiver a autorização, seja ou não organizado em sociedade, terá como responsáveis um gerente e um director.

§ 6.º Uma vez licenciados e sujeitos à taxa de 15 % os clubs e casinos poderão funcionar sem que incidam nas disposições das leis penais relativas ao jogo.”

o Decreto 21.143/1932 previu que as loterias concedidas pela União e Estados eram serviço público⁹. Em 1938, regulou-se a tributação sobre as atividades dos cassinos e atribuiu-se aos Municípios a competência para o exercício da atividade arrecadatória (Decreto-Lei 241/1938). No mesmo ano, o Decreto-Lei 854 previu que constituiria jogo de azar, “*passível de repressão penal*” a loteria de qualquer espécie não autorizada ou ratificada expressamente pelo governo federal¹⁰. Quanto às loterias públicas, o Decreto-Lei 2.980/1941 manteve o regramento anterior, com destaque à competência da União para proferir a palavra final sobre a matéria.

Mediante a edição do Decreto-Lei 3.688/1941 (Lei de Contravenções Penais) positivou-se a repressão penal aos jogos de azar (art. 50, ora impugnado) e às loterias irregulares (art. 51). Ainda na Era Vargas, com vistas à manutenção das atividades dos cassinos, sobreveio o Decreto-Lei 4.866/1942¹¹. Por intermédio do Decreto-Lei 6.259/1944, houve expressa previsão da possibilidade de exploração direta da atividade lotérica pela União e pelos Estados (antes dominada por particulares), além de diretrizes regulatórias. Promulgado pelo Presidente Dutra, o Decreto-Lei 9.215/1946 (objeto da presente ADPF) reinseriu a exploração de jogos de azar no rol de atividades consideradas como contravenção penal, declarou nulas todas as licenças, concessões e autorizações destinadas à exploração econômica de jogos de apostas em dinheiro administrados por particulares. As loterias, apesar de tecnicamente consubstanciarem jogos de azar, sedimentaram-se como serviço público de titularidade exclusiva da União impassível de concessão (Decreto-Lei 204/1967)¹², regime que vigora até os dias atuais¹³.

9 “Art. 20. São consideradas como serviço público as loterias concedidas pela União e pelos Estados.”

10 Art. 40. Constitue jogo de azar, passível de repressão penal, a loteria de qualquer espécie não autorizada ou ratificada expressamente pelo Governo Federal.

Parágrafo único. Seja qual for a sua denominação e processo de sorteio adotado, considera-se loteria toda operação, jogo ou aposta para a obtenção de um prêmio em dinheiro ou em bens de outra natureza, mediante colocação de bilhetes, listas, cupões, vales, papeis, manuscritos, sinais, símbolos ou qualquer outro meio de distribuição dos números e designação dos jogadores ou apostadores.

11 “Artigo único. O disposto no art. 50 do decreto-lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941, não se aplica aos estabelecimentos licenciados na forma do Decreto-Lei nº. 241, de 4 de fevereiro de 1938.”

12 “Art 1º A exploração de loteria, como derrogação excepcional das normas do Direito Penal, constitui serviço público exclusivo da União não suscetível de concessão e só será permitida nos termos do presente Decreto-lei.”

13 O Estado do Rio de Janeiro propôs a ADPF 492 postulando o reconhecimento da não recepção do art. 1º do Decreto 204/1967 pela Constituição, incluído na Pauta 64/2019. Andamento disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5294468>> Acesso em 19/07/2019.

Tanto a Lei 8.672/1993 (Lei Zico) quanto a Lei 9.615/1998 (Lei Pelé) buscaram a legalização de bingos a fim de que determinadas entidades de direção e práticas desportivas obtivessem recursos por meio da exploração da jogatina. A Lei 9.981/2004 revogou os dispositivos legais que autorizavam os bingos e manteve apenas as autorizações de funcionamento das casas já instaladas. Contudo, anos mais tarde, a MP 168/2004 encerrou as atividades relacionadas à exploração de jogos de azar.

Em dezembro de 2018, foi sancionada a Lei 13.756, que criou modalidade lotérica denominada “*aposta por quota fixa*”¹⁴, sistema relacionado a eventos esportivos reais

14 CAPÍTULO V

DAS APOSTAS DE QUOTA FIXA

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.

§ 1.º 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.

§ 2.º 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.

§ 3.º 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.

Art. 30. O produto da arrecadação da loteria de apostas de quota fixa será destinado da seguinte forma:

I - em meio físico:

a) 80% (oitenta por cento), no mínimo, para o pagamento de prêmios e o recolhimento do imposto de renda incidente sobre a premiação;

b) 0,5% (cinco décimos por cento) para a seguridade social;

c) 1% (um por cento) para as entidades executoras e unidades executoras próprias das unidades escolares públicas de educação infantil, ensino fundamental e ensino médio que tiverem alcançado as metas estabelecidas para os resultados das avaliações nacionais da educação básica, conforme ato do Ministério da Educação;

d) 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento) para o FNSP;

e) 2% (dois por cento) para as entidades desportivas da modalidade futebol que cederem os direitos de uso de suas denominações, suas marcas, seus emblemas, seus hinos, seus símbolos e similares para divulgação e execução da loteria de apostas de quota fixa;

f) 14% (quatorze por cento), no máximo, para a cobertura de despesas de custeio e manutenção do agente operador da loteria de apostas de quota fixa; e

II - em meio virtual:

a) 89% (oitenta e nove por cento), no mínimo, para o pagamento de prêmios e o recolhimento do imposto de renda incidente sobre a premiação;

b) 0,25% (vinte e cinco centésimos por cento) para a seguridade social;

c) 0,75% (setenta e cinco centésimos por cento) para as entidades executoras e unidades executoras próprias das unidades escolares públicas de educação infantil, ensino fundamental e ensino médio que tiverem alcançado as metas estabelecidas para os resultados das avaliações nacionais da educação básica, conforme ato do Ministério da Educação;

d) 1% (um por cento) para o FNSP;

e) 1% (um por cento) para as entidades desportivas da modalidade futebol que cederem os direitos de uso de suas denominações, suas marcas, seus emblemas, seus hinos, seus símbolos e similares para divulgação e execução da loteria de apostas de quota fixa;

f) 8% (oito por cento), no máximo, para a cobertura de despesas de custeio e de manutenção do agente operador da loteria de apostas de quota fixa.

§ 1.º Os percentuais destinados à premiação e às despesas de custeio e manutenção previstos nas alíneas a e f dos incisos I e II do *caput* deste artigo poderão variar, desde que a média anual atenda aos percentuais míni-

em que o apostador, no momento da efetivação da aposta, terá conhecimento de quanto poderá auferir em caso de acerto do prognóstico. Há expressa previsão legal de que a atividade é serviço público da União cuja exploração comercial será possível em todo o território brasileiro. A recente loteria de aposta por quota fixa, por intermédio do Ministério da Fazenda, poderá ser objeto de autorização (ato administrativo de natureza precária) ou de concessão de serviço público (precedida de concorrência, nos termos do art. 2.º da Lei 8.987/1995). Vislumbra-se, com isso, a participação de particulares na exploração de jogos de azar, mas é de

mos e máximos estabelecidos nas referidas alíneas.

§ 2.º Os agentes operadores repassarão as arrecadações das loterias diretamente aos beneficiários legais de que tratam as alíneas c e e dos incisos I e II do caput deste artigo.

§ 3.º Os recursos de que tratam a alínea c dos incisos I e II do caput deste artigo **deverão ser aplicados em custeio e investimentos que concorram para a garantia do funcionamento e a melhoria da infraestrutura física e pedagógica dos estabelecimentos de ensino.**

§ 4.º Para os fins desta Lei, consideram-se:

I - entidades executoras: as secretarias distrital, estaduais e municipais responsáveis pela formalização dos procedimentos necessários ao recebimento e execução de recursos destinados às escolas de suas redes de ensino que não apresentam unidades executoras próprias;

II - unidades executoras próprias: as entidades privadas sem fins lucrativos, representativas das escolas públicas e integradas por membros da comunidade escolar, comumente denominadas caixas escolares, conselhos escolares, colegiados escolares, associações de pais e mestres, entre outras denominações, responsáveis pela formalização dos procedimentos necessários ao recebimento de repasses, bem como pela execução desses recursos.

Art. 31. Sobre os ganhos obtidos com prêmios decorrentes de apostas na loteria de apostas de quota fixa incidirá **imposto de renda** na forma prevista no art. 14 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964 , observado para cada ganho o disposto no art. 56 da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009 .

Art. 32. Fica instituída a Taxa de Fiscalização devida pela exploração comercial da loteria de apostas de quota fixa, que tem como fato gerador o exercício regular do poder de polícia de que trata o § 2º do art. 29 desta Lei, e incide sobre o total destinado à premiação distribuída mensalmente.

§ 1.º A **Taxa de Fiscalização** abrange todos os atos do regular poder de polícia inerentes à atividade e será aplicada de acordo com as faixas de prêmios ofertados mensalmente, na forma do Anexo desta Lei.

§ 2.º A Taxa de Fiscalização será recolhida até o dia 10 (dez) do mês seguinte ao da distribuição da premiação.

§ 3.º A Taxa de Fiscalização não paga no prazo previsto na legislação será acrescida de multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 .

§ 4.º Os débitos referentes à Taxa de Fiscalização serão inscritos em dívida ativa da União.

§ 5.º O valor decorrente da cobrança da Taxa de Fiscalização será repassado para a unidade do Ministério da Fazenda responsável pela fiscalização da exploração comercial da loteria de apostas de quota fixa.

§ 6.º A taxa de que trata o *caput* deste artigo será atualizada monetariamente, desde que o valor da atualização não exceda a variação do índice oficial de inflação apurado no período desde a instituição da taxa, para a primeira atualização, e a partir da última correção, para as atualizações subsequentes, em periodicidade não inferior a 1 (um) ano, na forma de regulamento.

§ 7.º São contribuintes da Taxa de Fiscalização as **pessoas jurídicas que, nos termos do art. 29 desta Lei, explorarem a loteria de apostas de quota fixa.**

Art. 33. As ações de comunicação, publicidade e marketing da loteria de apostas de quota fixa deverão ser pautadas pelas melhores práticas de responsabilidade social corporativa direcionadas à exploração de loterias, conforme regulamento.

Art. 34. Os apostadores perdem o direito de receber seus prêmios ou de solicitar reembolsos se o pagamento não for reclamado em até 90 (noventa) dias, contados da data da primeira divulgação do resultado do último evento real objeto da aposta.

Art. 35. Em observância à Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 , **a pessoa jurídica detentora da autorização remeterá ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), na forma das normas expedidas pelo Poder Executivo, informações sobre os apostadores relativas à prevenção de lavagem de**

se notar que há intensa preocupação com a fiscalização da atividade e com a destinação de recursos, inclusive com a obrigatoriedade de remessa ao Conselho de Atividades Financeiras (COAF) de informações sobre apostadores visando à prevenção de lavagem de dinheiro e terrorismo.

A propósito, é necessário pontuar que relevante parcela das rendas obtidas por intermédio das loterias possui destinação predeterminada com vistas à manutenção do Estado e promoção de direitos e garantias fundamentais. São beneficiados o Fundo Nacional da Cultura (FNC – Lei 8.313/91, art. 5.º-VIII); o Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN – LC 79/1994, art. 2.º-VIII); Ministério do Esporte (Lei 9.615/1998, arts. 6.º-II e VI e 8.º-II; Lei 11.345/2006, art. 2.º-IV); Fundo Nacional de Saúde (FNS – art. 2.º-VI Lei 11.345/2006); e FIES (Lei 10.260/2001, art. 2.º-II), além de destinatários como o Fundo Nacional de apoio à Criança e ao Adolescente (FNDCA), a APAE e a Cruz Vermelha¹⁵.

O largo espectro de repasses sociais indica a preocupação em empregar os recursos obtidos pela atividade lotérica em prol do interesse público, sem que haja afronta a preceitos fundamentais. Diversamente da exploração de jogos por particulares, o fim maior da União é angariar recursos em benefício do bem comum mediante intenso controle e fiscalização da lisura da atividade.

A partir do longo histórico normativo a respeito do tratamento conferido aos jogos de azar no Brasil, é lícito afirmar que o tema não passa desapercebido por chefes do Executivo e membros do Poder Legislativo. A oscilação entre permissão e proibição da exploração da atividade por particulares denota as peculiaridades do contexto político e sociocultural brasileiro, que merece especial atenção, pois eventual reconhecimento de não recepção dos atos normativos impugnados gerará consequências cuja envergadura é imensurável *a priori*.

Tanto a Lei de Contravenções Penais quanto o Decreto-Lei 9.215/1946 são da década de 1940. Os valores éticos, morais e religiosos da época não necessariamente coincidem com os bens jurídicos que, atualmente, merecem a tutela penal. Contudo, apesar da enfática crítica do PHS às referências acerca da “*tradição moral jurídica e religiosa do povo brasileiro*” e dos “*abusos nocivos à moral e aos bons costumes*”, extraídas dos “*Considerandos*”

dinheiro e de financiamento ao terrorismo. (ênfase acrescida)

15 A Caixa Econômica Federal publica, mês a mês, os valores destinados aos beneficiários dos repasses: <<http://loterias.caixa.gov.br/wps/portal/loterias/landing/repasses-sociais/>>. Acesso em 25/07/2019.

que precedem o texto normativo do Decreto-Lei 9.215/1946, na ordem jurídica vigente, o principal papel da proibição dos jogos de azar é combater crimes de lavagem de dinheiro, de tráfico de drogas e de armas, de organizações criminosas e de corrupção ativa e passiva.

Com efeito, o teor dos “*Considerandos*” referenciado na inicial é de simples interpretação doutrinária, não vinculante e retrato dos valores então zelados e caros à sociedade da época. René Ariel Dotti explica a peculiaridade do texto que pode preceder atos normativos nos seguintes termos:

“[p]ode acompanhar a proposta legislativa, não é objeto de discussão pela Câmara dos Deputados ou Senado Federal, razão pela qual a aprovação do projeto não implica, necessariamente, concordância da justificativa apresentada”.¹⁶

Como manifestação doutrinária, a importância da proibição à exploração de jogos de azar evoluiu, mas não deixou de suscitar intenso debate entre os mais diversos setores sociais, políticos e econômicos, permeados por conceitos fluidos e dinâmicos. Acerca da liquidez e da leveza conceitual na modernidade, em perspectiva sociológica, é fundamental registrar as lições de Zygmunt Bauman¹⁷:

“Fluidez” é a qualidade de líquidos e gases. O que os distingue dos sólidos, como a Encyclopédia britânica, com a autoridade que tem, nos informa, é que eles “não podem suportar uma força tangencial ou deformante quando imóveis” e assim “sofrem uma constante mudança de forma quando submetidos a tal tensão”

Essa contínua e irrecuperável mudança de posição de uma parte do material em relação a outra parte quando sob pressão deformante constitui o fluxo, propriedade característica dos fluidos. Será possível em quaisquer canais de distribuição comercial, física ou virtual, em caráter exclusivo e concorrencial.

[...]

O que todas essas características dos fluidos mostram, em linguagem simples, é que os líquidos, diferentemente dos sólidos, não mantêm sua forma com facilidade. Os fluidos, por assim dizer, não fixam o espaço nem prendem o tempo.

[...]

Os fluidos se movem facilmente. Eles “fluem”, “escorrem”, “esvaem-se”, “respingam”, “transbordam”, “vazam”, “inundam”, “borrifam”, “pingam”; são “filtrados”, “destilados”; diferentemente dos sólidos, não são facilmente contidos — contornam certos obstáculos, dissolvem outros e invadem ou inundam seu caminho.

[...]

Essas são razões para considerar “fluidez” ou “liquidez” como metáforas adequadas quando queremos captar a natureza da presente fase, nova de muitas maneiras, na história da modernidade.”

16 DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal – parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 238.

17 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. pp. 7-9.

Portanto, a constatação da liquidez de conceitos se presta a adaptar percepções à realidade cujas demandas sociais, culturais, políticas e penais não são sólidas ou imutáveis. É dizer: se, na década de 1940, moral e religião se aprestavam a justificar a proibição aos jogos de azar, nos dias atuais, é evidente a necessidade de combate à lavagem de dinheiro, ao crime organizado, à corrupção e aos demais crimes que circundam ambientes destinados à exploração da jogatina.

A título ilustrativo, convém registrar as operações Gladiador e Ouro de tolo, deflagradas a partir de trabalhos realizados pelo Ministério Público Federal e pela Polícia Federal, que identificaram megacontraventores que, a fim de manter o monopólio da jogatina, criam verdadeiras estruturas de poder (organizações criminosas), mantém estreitas relações com o tráfico de drogas e de armas, além de praticarem homicídios (por autoria mediata ou imediata) e atentados com vistas à manutenção das zonas de exploração¹⁸. Ainda sobre a criminalidade correlata à exploração de jogos de azar, após a operação Forró, noticiada em 22 de maio de 2019, a Procuradoria da República no Rio Grande do Norte denunciou delegado da Polícia Civil por recebimento de propina de dois grupos criminosos envolvidos com o uso de máquinas caça-níqueis¹⁹. Além da lavagem de dinheiro (Lei 9.613/1998) e da utilização de estratégias de recebimento fracionado de verbas para fugir de mecanismos de controle (COAF), corrupção passiva (CP, art. 317), concussão (CP, art. 317) e prevaricação (CP, art. 319) são crimes praticados por funcionário público contra a Administração Pública em geral que maculam o bom funcionamento do Estado e geram descrédito às instituições fundamentais à República.

Logo se vê, portanto, que a exploração desregulada e desmedida da jogatina pode ensejar efeitos maléficos para a sociedade brasileira, que precisa discutir e participar de eventuais avanços dirigidos à liberação da prática. No Brasil, a partir da democracia representativa²⁰ vigente (CF, art. 1.º-parágrafo único), a instância apta a discutir a política criminal é o

18 Sobre o tema, o Procurador Regional da República na 2.º Região José Augusto Simões Vagos compartilha perspectivas de grande valia no artigo “*Bingos: muito além da legalização*”, publicado na Revista Fático Típico – Goiânia, ano II, n.º 5, jul/set 2010, p.14.

19 Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/rn/sala-de-imprensa/noticias-rn/operacao-forro-mpf-denuncia-delegado-da-policia-civil-por-envolvimento-com-quadrilha>>. Acesso em 24/07/2019.

20 Sabe-se que a democracia participativa tem recebido atenção por parte de estudiosos e, também, pelo STF, especialmente em matérias atinentes a direitos fundamentais. A respeito do papel do Judiciário: “*Nesse contexto, a manifestação da sociedade civil organizada ganha papel de destaque na jurisdição constitucional brasileira. Como o Judiciário não é composto de membros eleitos pelo sufrágio popular, sua legitimidade tem supedâneo na possibilidade de influência de que são dotados todos aqueles diretamente interessados nas suas decisões. Essa a faceta da nova democracia no Estado brasileiro, a democracia participativa, que se baseia na generalização e profusão das vias de participação dos cidadãos nos provimentos estatais.*

Poder Legislativo. É dizer: cabe aos representantes do povo brasileiro, eleitos por voto direto, mediante amplo debate, decidir quais são os jogos de azar permitidos, como serão regulados e fiscalizados, bem como quais são as práticas vedadas.

Ao longo dos anos, assim procedeu o Poder Legislativo brasileiro. Apesar da mudança de percepções sociais e culturais já analisada, o poder constituinte originário não se olvidou de positivar na Constituição vigente a competência privativa da União para legislar sobre consórcios e sorteios:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XX - sistemas de consórcios e sorteios

Súmula Vinculante 2: É inconstitucional a lei ou ato normativo Estadual ou Distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.

Por conseguinte, apenas a União pode autorizar a exploração de serviços lotéricos pelos entes federados. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é consolidada no sentido de caber à União conformar, por meio de lei federal, a prestação desse serviço público, de maneira que considera inconstitucional criação de novas modalidades de sorteios pelos Estados:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE -LEGISLAÇÃO ESTADUAL PERTINENTE À EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE LOTÉRICA - DISCUSSÃO SOBRE A COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE O TEMA REFERENTE A SISTEMAS DE SORTEIOS - MATÉRIA SUBMETIDA AO REGIME DE COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO (CF, ART. 22, INCISO XX) - HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO REFERENTE À EXPLORAÇÃO DOS JOGOS E SISTEMAS LOTÉRICOS (INCLUSIVE BINGOS) NO BRASIL - DIPLOMAS NORMATIVOS ESTADUAIS QUE DISCIPLINAM OS SERVIÇOS DE LOTERIAS E INSTITUEM NOVAS MODALIDADES DE JOGOS DE AZAR - MATÉRIA CONSTITUCIONALMENTE RESERVADA, EM CARÁTER DE ABSOLUTA PRIVATIVIDADE, À UNIÃO FEDERAL - USURPAÇÃO, PELO ESTADO-MEMBRO, DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA EXCLUSIVA DA UNIÃO - OFENSA AO ART. 22, XX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI PERNAMBUCANA Nº 12.343/2003 E DO DECRETO ESTADUAL Nº 24.446/2002 - AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. LEGISLAÇÃO PERTINENTE A SISTEMAS DE SORTEIOS - MATÉRIA SUBMETIDA AO REGIME DE COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO (CF, ART. 22, INCISO XX) - NORMAS ESTADUAIS QUE DISCIPLINAM A ATIVIDADE LOTÉRICA - USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA - INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL CARACTERIZADA - PRECEDENTES.

- A cláusula de competência inscrita no art. 22, inciso XX, da Constituição da República atribui máximo coeficiente de federalidade ao tema dos "sorteios" (expressão que abrange os jogos de azar, as loterias e similares), em ordem a afastar, nessa específica

[...]" (ADI 4.029/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe de 27/12/2012)

matéria, a possibilidade constitucional de legítima regulação normativa, ainda que concorrente, por parte dos Estados-membros, do Distrito Federal ou dos Municípios.

- Não assiste, ao Estado-membro, bem assim ao Distrito Federal, competência para legislar, por autoridade própria, sobre qualquer modalidade de loteria ou de serviços lotéricos. Precedentes.

- A usurpação, pelo Estado-membro, da competência para legislar sobre sistemas de sorteios - que representa matéria constitucionalmente reservada, em caráter de absoluta privatividade, à União Federal - traduz vício jurídico que faz instaurar situação de inconstitucionalidade formal, apta a infirmar, de modo radical, a própria integridade do ato legislativo daí resultante. Precedentes.

- Não se instaurou, perante o Supremo Tribunal Federal, processo de controle normativo abstrato referente à Lei nº 73/1947 do Estado de Pernambuco, editada em momento no qual era facultado, a qualquer Estado-membro, por efeito de legislação federal (DL nº 204/67), dispor, validamente, sobre a instituição e a exploração de serviços lotéricos. Matéria estranha, portanto, ao âmbito deste processo de fiscalização normativa, cujo objeto limita-se, unicamente, ao exame da legitimidade constitucional da Lei estadual nº 12.343/2003 e do Decreto estadual nº 24.446/2002. Situação idêntica à que se registrou no julgamento da ADI 2.996/SC.

A QUESTÃO DO FEDERALISMO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO
- O SURGIMENTO DA IDEIA FEDERALISTA NO IMPÉRIO - O MODELO FEDERAL E A PLURALIDADE DE ORDENS JURÍDICAS (ORDEM JURÍDICA TOTAL E ORDENS JURÍDICAS PARCIAIS) - A REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS: PODERES ENUMERADOS (EXPLÍCITOS OU IMPLÍCITOS) E PODERES RESIDUAIS. (STF, ADI 2.995/PE, Rel.: Min. Celso de Mello, DJ 27/9/2007).

Não há, portanto, vedação ampla e absoluta aos jogos de azar. Contudo, levando em consideração os efeitos nocivos da jogatina, os Poderes da República convergem em pensar a questão com cautela. O regime jurídico das loterias é delineado pelo Decreto-Lei 204/1967, que confere exclusivamente à União a exploração do serviço público. O desempenho das atividades cabe, com exclusividade, à Caixa Econômica Federal, que poderá delegá-la, em parte, a terceiros, sob regime de permissão. A regulamentação mais recente acerca da atividade de permissionário lotérico é de 2013 (Lei 12.869/2013). Como já registrado, no final de 2018, houve a criação da modalidade lotérica definida como “*aposta em quota fixa*”, relacionada a atividades esportivas (Lei 13.756/2018). Além dos mencionados permissivos, a Lei 7.291/1984 (Lei do Turfe – regulamentada pelo Decreto 96.993/1988), permite a “*realização de corridas de cavalo, com exploração de apostas*” (art. 6.º) a fim de suprir com recursos necessários a atividade de coordenação e fiscalização da equideocultura nacional – sem que haja proteção da finalidade puramente lucrativa²¹.

21 Parecer nº AGU/MP-09/2007. Disponível em: <<https://www.agu.gov.br/atos/detalhe/224979>> . Acesso em 27/07/2019.

O Legislativo brasileiro não está inerte, e sim atento à complexidade das consequências de ordem multidisciplinar e multifacetada que podem advir da liberação ampla e completa da exploração de jogos de aposta em dinheiro administrada por particulares, inclusive relacionadas à saúde psicológica e mental dos cidadãos²². Observam-se, apenas, tímidos movimentos de atenuação das proibições. O ritmo da criação de permissivos legais é o impresso pelos integrantes das casas legislativas federais, instância legitimada ao debate relacionado à extinção da figura contravencional prevista no art. 50 da LCP.

Relevante quantidade de projetos de lei (PLS 236/2012²³, PLS 186/2014²⁴ e PLS 595/2015, do Senado Federal; PL 442/1991, 270/2003, PL 2.254/2007, da Câmara dos Deputados) não avançam, não são votados, já estão arquivados ou são movimentados após incisiva atividade dos atores sociais interessados. O economista Ricardo Gazel, Ph.D. em Economia pela Universidade de Illinois e ex-professor da Universidade de Nevada, estudioso da indús-

22 A ludopatia ou jogo patológico é doença mental reconhecida pela Organização Mundial da Saúde (OMS). Segundo a Classificação Internacional de Doenças, é hipótese de incidência do CID-10 e objeto de preocupação do Parlamento Europeu, que assim se pronunciou sobre questionamento formulado por Andreas Mölzer:

“Answer given by Mr Barnier on behalf of the Commission

The Commission agrees with the Honourable Member that gambling activities may create a risk of gambling addiction for some people. The Commission has been looking at gambling addiction when investigating existing restrictions to online gambling services in the European Union as many Member States justify such restrictions by the need to prevent adverse social consequences. The Commission notes, however, that very few Member States have carried out studies on prevalence rates for probable gambling addiction. Where such information is available, rates of probable gambling addiction appear to be around 0.3 % of the population. The percentage of players with problems stemming from their gambling, i.e. ‘problem gamblers’, seems nonetheless higher.

Gambling addiction neither appears to be linked to the type of ownership of a given gambling service nor to the number of licenses available on the market, but rather to factors associated to gambling opportunities. Factors that may contribute to increased risk of developing gambling problems include continuous and convenient availability of games, size and frequency of prizes, possibility of ‘chasing’ (recurrent efforts to recoup lost money), illusion of control and sensory characteristics (such as speed or sound). In view of this, the Commission notes that different games pose different risks. There may also be other factors relevant for the development of gambling addiction such as social factors, advertising/promotion, medical factors/conditions and abuse of chemical substances or other already existing addictive behaviours.

Member States are primarily responsible for implementing prevention schemes, including measures to inform their citizens about the risks of gambling problems. Nonetheless, in its response to Oral Question O-0141/2009 during the debate held at Parliament’s February 2010 part-session(1), the Commission announced that it wishes to consult broadly on the complex issues raised by the development of online gambling and the potential responses that could be considered at European level. This will take the form of a wide consultation, keeping all options open. The issue of protection of minors will undoubtedly be raised. The Commission wishes to engage in an open and constructive dialogue with the European Parliament, Member States and all relevant stakeholders. It will carefully examine the result of the consultation before taking any further action.”. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2010-0967&language=PT>>. Acesso em 24/07/2019.

23 Em consulta pública, mais de 70% dos votantes opinaram contra a aprovação da legalização dos jogos de azar.

24 De autoria do Senador Ciro Nogueira, o texto foi rejeitado pela Comissão de Constituição e Justiça. Ainda assim, o PLS pode ser votado pelo Plenário da Casa. Informações sobre o trâmite disponíveis em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/117805>>

tria dos jogos de azar e dos impactos socioeconômicos da sua liberação para a iniciativa privada, é categórico ao afirmar que os ganhos financeiros esperados não compensam os prejuízos gerados pelo aumento de patologias clínicas relacionadas ao vício em jogos (custos ao sistema público de saúde) e que o incremento na circulação de rendas é apenas ilusório, pois o público da jogatina deixa de gastar em outros setores da economia e realoca suas próprias rendas na satisfação do vício²⁵.

Apesar de os atos normativos impugnados datarem de 1940, em recente atividade legislativa submetida aos trâmites formais previstos na Constituição, não houve normatização acerca das demais modalidades de jogos de azar. As dificuldades são das mais diversas ordens, mas merece destaque a falta de estrutura e de *expertise* técnica para redução dos riscos da atividade e regulação setorial. Autoridades fazendárias e ligadas ao Conselho de Controle das Atividades Financeiras – COAF (unidade de inteligência financeira) são unânimes ao afirmar que não estão preparados para o exercício da atividade de controle dos jogos de azar nos moldes propostos pelos projetos em trâmite no Parlamento²⁶.

Diante da análise dos contextos jurídico, social, econômico e político, é possível constatar que o exercício da jurisdição constitucional em controle concentrado nos moldes pleiteados na inicial pode gerar insegurança jurídica diante das peculiaridades do *thema decidendum*. A manutenção do art. 50 da LCP e do Decreto-Lei 9.215/1946 denota a inadmissibilidade da eficácia revogadora da norma penal por costume *contra legem*²⁷, em observância ao princípio constitucional da legalidade estrita em matéria delitiva (CF, art. 5.º-XXXIX).

25 Lições proferidas em palestra promovida pelo Movimento Brasil Sem Azar: Legalizar a Jogatina é a solução para o Brasil?, realizada na Procuradoria-Geral da República em 06/10/2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=9bgSPz_ix5M> .

26 <<https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ECONOMIA/146374-GOVERNO-VAI-LIBERAR-BASE-ALIADA-NA-VOTACAO-SOBRE-OS-BINGOS.html>> . Acesso 24/07/2019. E debate promovido pela TV Senado entre o então presidente do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), Antônio Carlos Ferreira, e o economista Luiz Carlos Prestes Filho, especialista em Economia da Cultura: <<https://www.senado.gov.br/noticias/TV/Video.asp?v=451231>> . Acesso em 24/07/2019.

27 Sobre a impossibilidade de costumes contrários à lei revogarem tipo penal, assim se manifestou Aníbal Bruno: “*Nem pode ter ação derogatória ou abrogatória. Mesmo se determinada norma penal deixa de ser por longo tempo aplicada, ou porque a ela não recorre o ofendido, com o seu direito de queixa, ou porque não a torna efetiva, o poder judicante, essa prática, por mais constante e uniforme que se apresente, não abroga o dispositivo penal, que permanece válido, capaz de ser utilizado a qualquer tempo, com plena eficácia*” in BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 184, que conclui: “*O costume contra legem poderá, no máximo, contribuir para a interpretação da norma e, nesse sentido, inserir-se no conhecido princípio da adequação social*”.

Portanto, ao órgão jurisdicional guardião da Constituição, a postura de *judicial self-restraint* mostra-se consentânea com a manutenção da ordem jurídica e da harmonia entre Poderes da República em atenção à investidura popular que caracteriza o Poder Legislativo. Sobre o tema, assim já se posicionou o STF:

[...] A autocontenção judicial requer o respeito à escolha democrática do legislador, à míngua de razões teóricas ou elementos empíricos que tornem inadmissível a sua opção, plasmada na reforma trabalhista sancionada pelo Presidente da República, em homenagem à presunção de constitucionalidade das leis e à luz dos artigos 5º, incisos IV e XVII, e 8º, caput, da Constituição, os quais garantem as liberdades de expressão, de associação e de sindicalização. (ADI 5794, Relator Min. EDSON FACHIN, Relator p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, DJe de 22/04/2019)

Sobre o tema, valiosas as palavras proferidas pelo Ministro Luiz Fux no voto proferido na ADO 22/DF:

Assim é que, embora tenha sido expressamente ventilada no Congresso a opção de restringir a publicidade de todas as bebidas, independentemente do seu teor alcoólico, venceu, no debate **técnico e democrático**, o entendimento de que a disciplina jurídica atual é a mais razoável à luz do art. 220, §4º, da CRFB.

Nesse cenário, entendo haver situação que clame por **autocontenção judicial**. Sobre o tema, revela-se propício trazer à colação trecho esclarecedor do precioso estudo conduzido por Carlos Alexandre de Azevedo Campos, professor da Faculdade de Direito da UERJ. Na categorização apresentada pelo autor, entendo ser esta ADO oportunidade para exercício pela Corte da **autorrestrição estrutural (structural self-restraint)**, assim explicada pelo professor fluminense:

“(...) a autorrestrição estrutural (...) tem no elemento deferência o seu núcleo. A deferência é reconhecida como valor político de um governo democrático e de poderes separados. É a clássica autolimitação do poder judicial como exigência da própria ideia de estrutura de divisão de poderes constitucionalmente estabelecida. Trata-se, então, de elemento estrutural das relações institucionais entre o Judiciário e os outros ramos autônomos e independentes de governo. (...) A deferência responderá a duas distintas razões – o juiz constitucional deve ser deferente aos outros poderes em razão tanto da autoridade jurídico-constitucional (deferência à autoridade) como da capacidade epistêmica superior (deferência epistêmica) desses poderes para decidir sobre as questões em jogo.

(CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 180).

Na espécie, acredito estarem presentes as duas razões que fundamentam a autorrestrição estrutural do Poder Judiciário. Por um lado, a **autoridade jurídico-constitucional** do Congresso Nacional é indisputável. O artigo 220, §4º, da CRFB atribui expressamente ao legislador – e não ao Poder Judiciário – a tarefa de definir as restrições concretas à publicidade de bebidas alcoólicas. Ante essa evidente atribuição de autoridade do Poder Legislativo, o Supremo Tribunal Federal deverá ser deferente às escolhas legislativas, o que se reforça pela trajetória do processo legislativo que marcou a aprovação da Lei nº 9.294/96, marcada pelo diálogo com a sociedade civil.

Há mais. Ao lado da legitimidade democrática, vislumbro na espécie maior capacidade epistêmica do Poder Legislativo para tratar do assunto. Como se pode notar pelos documentos anexados ao PL nº 4.556/89, que resultou na lei ora questionada, o tema em questão é marcado por debates técnicos que fogem ao conhecimento convencional e ao raciocínio puramente jurídico. Nesse contexto, o debate travado no Congresso Nacional com especialistas na área recomenda autêntica humildade judicial na apreciação desta ADO. Inexistindo evidente equívoco do legislador, deve-se prestigiar as suas escolhas, como deve ser o caso na presente ADO. (ADO 22, Relatora Ministra Cármem Lúcia, DJe 03/08/2015)

Ante todo o exposto, constata-se a ausência de descumprimento de preceito fundamental na manutenção dos atos normativos impugnados no ordenamento jurídico interno, vez que inexistente ofensa ao princípio da proporcionalidade por excesso de poder legislativo (CF, 5.^º-LIV); aos direitos fundamentais de igualdade e de liberdade individual (CF, 5.^º-*caput* e XLI); aos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa (CF, arts. 1.^º-*caput* e 173).

IV

Pelo exposto, a Procuradora-Geral da República opina pelo indeferimento da cautelar e, no mérito, pela improcedência do pedido.

Brasília, 8 de agosto de 2019.

Raquel Elias Ferreira Dodge
Procuradora-Geral da República

TSS