

**EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX, RELATOR DO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO 966.177/RS**

*O Chefe da polícia
Pelo telefone
Mandou avisar
Que na Carioca
Tem uma roleta
Para se jogar¹*

A DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO vem requerer a sua admissão, nos autos do processo em epígrafe, como **AMICUS CURIAE**, e vem apresentar a sua **MANIFESTAÇÃO**.

1. Do objeto do recurso extraordinário

Em primeira instância, o réu, ora recorrido, foi condenado pela prática da contravenção penal prevista no artigo 50, *caput*, da Lei de Contravenções Penais, em continuidade delitiva (artigo 71 do Código Penal). Foi fixada a pena de 3 meses, à qual se acresceu a fração de 1/6 decorrente da continuidade delitiva, dimensionando-se a sanção definitiva em 3 meses e 15 dias de prisão

¹ Referência irônica à repressão criminal a jogo de azar, constante da letra original da canção que assumiu o crédito de primeiro samba gravado, de nome “Pelo Telefone”, de 1916, de autoria oficial de Ernesto dos Santos, o Donga, e Mauro de Almeida.

simples. Estabeleceu-se o regime inicial aberto. Promoveu-se a substituição da sanção corporal por prestação pecuniária no valor de um salário mínimo.

A Turma Recursal Criminal do Rio Grande do Sul, no julgamento da apelação, absolveu o réu. Entendeu que a criminalização da conduta não encontraria validade na ordem constitucional vigente.

Foi interposto recurso extraordinário pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, o qual veio a ser admitido.

Reconheceu-se a existência de repercussão geral, delimitando-se a discussão à recepção, ou não, pela Constituição da República, do artigo 50 do Decreto-Lei 3.688/1941, que prevê a contravenção penal do jogo de azar².

Eis, portanto, o objeto do recurso extraordinário: saber se a previsão do jogo de azar como contravenção penal foi recepcionada pela Constituição da República.

² O artigo 50 da Lei das Contravenções Penais, cuja compatibilidade com a ordem constitucional está sob debate, tem a seguinte redação:

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.*

2. Da possibilidade de ingresso da Defensoria Pública da União como amicus curiae

O amicus curiae, em regra, somente pode demandar a sua intervenção até a data em que o relator liberar o processo para a pauta de julgamento (ADI 4.071-AgR, Rel. Min. Menezes Direito, Plenário, j. em 22/4/2009; ADI 4.246, Rel. Min. Ayres Britto, decisão monocrática proferida em 10 de maio de 2011). No presente caso, houve a liberação do processo em 9 de setembro de 2020.

No julgamento do RE 760.931, a Relatora original, Min. Rosa Weber, submeteu ao Plenário a sugestão de admitir amici curiae que haviam requerido o ingresso após a liberação do processo para a pauta. No debate, o Min. Marco Aurélio destacou que, segundo a sua ótica, *o assistente recebe o processo no estágio em que se encontra e que o fato de estar em pauta não obstaculiza, em si, a admissibilidade como terceiro*. Os Ministros Ricardo Lewandowski, Roberto Barroso, Cármen Lúcia e Luiz Fux destacaram que a decisão de admissão, a despeito do marco temporal definido pelo Plenário, submete-se à condução do feito promovida pelo relator.

Nesse contexto de priorizar a condução do processo promovida pelo relator, despontam inúmeros exemplos de decisões que relativizaram a rigidez da regra temporal de ingresso, mediante a simples identificação do preenchimento dos requisitos que autorizam a habilitação como amicus curiae (ADI 5.553, Rel. Min. Edson Fachin, decisão monocrática proferida em 23/10/2020, pendente de publicação; ADO 30, Rel. Min. Dias Toffoli, decisão monocrática publicada em 14/8/2020; RE 968.414/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática publicada em 14/5/2020; RE 1.235.340/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, decisão monocrática publicada em 22/4/2020; RE

382.928/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática publicada em 18/3/2020; ADI 3.446, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática publicada em 8/3/2019; ADI 3.150, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática publicada em 12/12/2018; RE 593.818, Rel. Min. Roberto Barroso, decisão monocrática publicada em 14/6/2018).

Tais decisões, portanto, dispensaram qualquer justificativa específica para a admissão após o marco temporal.

Por outro lado, há decisões que invocam justificativas específicas que relativizam a regra temporal de habilitação como *amicus curiae*, tais como: i) a necessidade de garantir a paridade de armas e o equilíbrio do debate em plenário (RE 841.526/RS, Rel. Min. Luiz Fux, decisão de 28/3/2016; RE 560.900/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, decisão de 27/4/2016; RE 940.769/RS, Rel. Min. Edson Fachin, decisão de 7/11/2018); ii) o fato de ter havido um único pedido de ingresso como amigo da Corte (RE 979.962/RS, Rel. Min. Roberto Barroso, decisão de 12 de março de 2021).

No presente caso, justifica-se o ingresso extemporâneo, para permitir que a Defensoria Pública, órgão de Estado comprometido com a defesa criminal, possa estabelecer contraponto ao Ministério Público, órgão de Estado dedicado ao exercício da acusação.

De igual modo, o ingresso extemporâneo viabilizaria o confronto entre o *custos legis* – o Ministério Público – e o *custos vulnerabilis* – a Defensoria Pública.

Deveras, a Defensoria Pública serve às pessoas e aos grupos em situação de vulnerabilidade, e sua atuação interventiva – que a doutrina moderna

denomina intervenção *custos vulnerabilis*³ – deve ser avaliada a partir da repercussão dos debates institucionalizados que envolvam interesses desses grupos ou pessoas. *“Em tais situações, a atuação do defensor público se dá em apresentação da própria instituição Defensoria Pública, em nome próprio e no regular exercício de sua Procuratura Constitucional dos Vulneráveis (PCV) – como é possível depreender das responsabilidades coletivas do órgão (STF, ADI n. 3943 e RE n. 733.433-RG; STJ, EREsp n. 1192577) –, em favor dos indivíduos ou as coletividades em situação de vulnerabilidade, conforme inscrito no art. 134 e em consonância com os fundamentos, objetivos, direitos e garantias proclamados pela Constituição Federal, buscando reduzir ou dissipar as vulnerabilidade em contexto”*⁴.

Em verdade, especialmente em matéria criminal, não há verdadeira legitimação da decisão proferida sob repercussão geral, se não for viabilizado o exercício dialético, normalmente estabelecido em posição de conflito, entre Ministério Público e Defensoria Pública.

Embora as orientações do Ministério Público e da Defensoria Pública possam eventualmente alinhar-se, não é o que normalmente ocorre em matéria criminal. E, no presente caso, a posição da Defensoria Pública é diversa da externada pelo Ministério Público, quer como recorrente, quer como *custos legis*.

³ CASAS MAIA, Maurílio. Luigi Ferrajoli e o Estado Defensor enquanto magistratura postulante e Custos Vulnerabilis. Revista Jurídica Consulex, Brasília, Ano XVIII, Vol. 425, Out. 2014, p. 57, g.n; GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. Defensoria pública e a tutela coletiva de direitos. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 83-89; ROCHA, Jorge Bheron. Legitimação da Defensoria Pública para ajuizamento de ação civil pública tendo por objeto direitos transindividuais. Florianópolis: Empório Modara Editora, 2018, p.20.

⁴ GONÇALVES FILHO, Edilson; MAIA, Maurílio Casas; ROCHA, Jorge Bheron. Custos vulnerabilis: a Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 75.

Assim, justifica-se, no presente caso, a relativização da regra temporal de admissão como *amicus curiae*.

Examinem-se os requisitos de admissão como *amicus curiae*.

De acordo com o art. 138, *caput*, do Código de Processo Civil, a admissão como *amicus curiae* depende dos seguintes requisitos: i) relevância da matéria, especificidade do tema objeto da demanda ou repercussão social da controvérsia; ii) representatividade adequada.

A caracterização da relevância da matéria, especificidade do tema objeto da demanda ou repercussão social da controvérsia está subentendida pela admissão do Instituto Brasileiro Jogo Legal (IJL) como *amicus curiae*.

De fato, cuida-se de requisitos objetivos depreendidos do objeto do recurso extraordinário, comuns a todos os pretendentes à habilitação como *amicus curiae*. Portanto, tendo havido a habilitação de um *amicus curiae*, tais requisitos encontram-se superados.

Além disso, tem-se a relevância da matéria, por se cuidar de tema interessantíssimo, qual seja, o controle de constitucionalidade de lei penal com ênfase no bem jurídico protegido.

Em outros termos, questionam-se os limites constitucionais existentes fora do explícito mandato constitucional de criminalização que são impostos ao legislador ordinário para estabelecer tipos penais.

De igual modo, está caracterizada a repercussão social da controvérsia.

No voto proferido no acórdão que reconheceu a repercussão geral, o relator destacou, com razão, que, *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*. Além disso, o relator

observou, com acuidade, que *todas as Turmas Recursais Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul têm entendido pela atipicidade da conduta prevista no artigo 50 da Lei das Contravenções Penais, alicerçados em fundamentos constitucionais (artigos 1º, IV, 5º, XLI, e 170 da Carta Magna), o que vem a demonstrar que, naquela unidade federativa, a prática do jogo de azar não é mais considerada contravenção penal.*

A Defensoria Pública da União entende ter representatividade e poder contribuir em alguma medida com essa Egrégia Suprema Corte na discussão de temas que envolvam a dogmática penal, como o ora abordado.

A Defensoria Pública da União é o ramo da Defensoria Pública que exerce atribuições de natureza penal, de forma exclusiva, na Justiça Federal, no Tribunal Regional Federal, na Justiça Eleitoral, no Tribunal Regional Eleitoral, na Justiça Militar da União, nos Juizados Especiais Federais, nas Turmas Recursais Federais, nas Turmas Regionais de Uniformização, no Tribunal Superior Eleitoral, no Superior Tribunal Militar e na Turma Nacional de Uniformização. De forma compartilhada com as Defensorias Públicas Estaduais, a Defensoria Pública da União exerce suas atribuições de natureza penal no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal.

Eis o amplo espectro de atuação da Defensoria Pública da União em matéria penal.

A importância da matéria penal no âmbito da Defensoria Pública da União é tamanha a ponto de a instituição manter uma Câmara de Coordenação e Revisão específica dedicada ao tema. Cuida-se da Câmara de Coordenação e Revisão Criminal, prevista no artigo 3º, II, da Resolução n. 160, de 7 de maio de 2020⁵. Essa Câmara engloba todas as matérias de Direito Penal Comum,

⁵ Disponível em <https://www.dpu.def.br/conselho-superior/resolucoes/57010-resolucao-n-160-de-07->

Eleitoral, Militar e de Execução Penal (§ 2º do artigo 3º da Resolução).

Além disso, de maneira específica, o tema da não-recepção do artigo 50 da Lei de Contravenções Penais, embora de natureza estadual, atrai o interesse da Defensoria Pública da União, justamente pelo fato de o órgão atuar em processos de competência criminal estadual no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e dessa Suprema Corte.

Portanto, fica caracterizada a representatividade adequada da Defensoria Pública da União para abordar o tema em debate.

Havendo razões específicas que justificam a admissão extemporânea e caracterizadas a repercussão social da controvérsia, a relevância da matéria e a representatividade adequada da Defensoria Pública da União, entende a instituição habilitar-se a ser admitida como *amicus curiae*.

3. Da não-recepção do artigo 50 da Lei das Contravenções Penais

O controle de constitucionalidade de tipos penais não há de adotar, como parâmetros, apenas os mandatos constitucionais de criminalização. O bloco constitucional, integralmente considerado, deve orientar o legislador tanto na eleição de condutas a serem criminalizadas quanto na fixação das penas adequadas⁶.

São distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência

[de-maio-de-2020-dispoe-sobre-as-camaras-de-coordenacao-e-revisao-no-ambito-da-dpu.](#)

⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. Constituição Federal comentada (livro eletrônico). 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, RL-1.3.

(Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle). Não se nega que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) serve de parâmetro para verificar se as medidas legislativas penais transbordam os limites constitucionais⁷.

A Lei de Contravenções Penais é o território por excelência de controle de comportamentos sociais. Constitui verdadeiro behaviorismo criminal.

Em razão disso, autores defendem que a lei não foi recepcionada em sua íntegra, uma vez que vícios e comportamentos não devem ser punidos pelo Direito Penal, considerada a secularização do direito⁸.

A contravenção de estabelecimento ou exploração do jogo de azar, **relativa à polícia de costumes**, assume com maior ênfase esse caráter de mero controle de comportamento social. Fundamenta-se, em última análise, no juízo moral negativo que recai sobre quem estimula ou pratica o jogo de azar.

O princípio axiológico de separação entre Direito e Moral, associado ao caráter secular do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da Constituição da República), veda a proibição de comportamentos meramente imorais ou de estados de ânimo pervertidos, hostis ou, inclusive, perigosos. Tal princípio

⁷ HC 104.410, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. em 6/3/2012.

⁸ STRECK, Lenio Luiz. Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico (livro eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

impõe a tolerância jurídica a toda atitude que não seja lesiva a terceiros.

Desponta, assim, limite ao poder proibitivo do Estado, que se irradia sobre o princípio da estrita legalidade no Direito Penal (artigo 5º, XXXIX, da Constituição da República), que, por sua vez, remete ao princípio constitucional implícito da lesividade, a exigir que a conduta imponha lesão efetiva aos bens fundamentais de terceiros, garantidos pelo Direito Penal⁹.

Além disso, cuida-se de tipo de perigo abstrato. Significativa parte da doutrina entende que há incompatibilidade entre tipos penais de perigo abstrato e um modelo de Estado Democrático de Direito que baseia o direito de punir na proteção exclusiva de bens jurídicos e, conseqüentemente, no princípio da lesividade, a exigir delitos com resultado material, quer de perigo, quer de lesão¹⁰.

Esse deambular do tipo entre behaviorismo criminal e perigo abstrato fica claro em alguns comentários doutrinários ao artigo 50 do Decreto-Lei 3.688/41.

Segundo a doutrina, a objetividade jurídica da contravenção são os bons costumes¹¹.

Para outros autores, também se busca *proteger o patrimônio dos cidadãos, pois é sabido que muitas pessoas perdem o controle e ficam obcecadas por*

⁹ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razon. Teoria del Garantismo Penal. Editorial Trotta: Madri. 1995, pp 464-467.

¹⁰ Seguem essa orientação, por exemplo: Luiz Flávio Gomes (Princípio da ofensividade no direito Penal, São Paulo: RT, 2002); Damásio de Jesus (Crimes de trânsito. Anotações à parte criminal do Código de Trânsito, 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1997); Alice Bianchini (Pressupostos materiais mínimos de tutela penal, São Paulo: RT, 2002); Paulo de Souza Queiroz (Do caráter subsidiário do direito penal. Lineamentos para um direito penal mínimo. 2 ed, Belo Horizonte: Del Rey, 2002).

¹¹ Nesse sentido: Ricardo Antonio Andreucci (Legislação penal especial. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017); Damásio de Jesus (Lei das Contravenções Penais anotada. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015).

*jogos de azar, e, não raro, perdem grandes quantias ou até arruinam financeiramente suas famílias*¹².

Ora, com todas as vênias, nem todas as pessoas que se dedicam a jogos de azar são obcecadas ou nutrem alguma compulsão. Nesse contexto, é questionável se há proporcionalidade, sob a ótica da proibição de excesso, em proteger criminalmente o mero risco de que algumas pessoas assim se caracterizem, colocando todas elas sob a ameaça do Direito Penal.

Nessa linha argumentativa de proteção criminal ao risco de compulsão pelo jogo de azar, não há como justificar o fato de não recair, por imperativo racional (proporcionalidade), algum tipo de criminalização sobre a disponibilização e o próprio consumo de álcool e de cigarro, que também são fontes possíveis e potenciais – senão ainda mais graves – de vícios. A propósito, tais vícios incursionam ainda de maneira mais efetiva sobre aspectos de saúde pública, por afetarem de maneira mais imediata a saúde corporal.

Tem-se, portanto, de um lado, a preocupação em policiar os costumes (behaviorismo social); de outro lado, protege-se apenas o risco (perigo abstrato) de ruína patrimonial.

Acrescente-se que o tipo penal em destaque remete ao debate criminológico sobre os denominados *victimless crimes*, a respeito dos quais defende-se que a criminalização seja suspensa ou, ao menos, fortemente restringida¹³.

¹² GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; BALTAZAR, José Paulo. Legislação penal esquematizado. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

¹³ MAGLIE, Cristina De. Crimes culturalmente motivados: ideologias e modelos penais (livro eletrônico). 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, RB-6.9.

Há razões de política criminal que indicam a irracionalidade de criminalização dessas condutas. Uma dessas razões é a de que muitos *victimless crimes* recaem sobre bens e serviços que são objeto de grande demanda. A sanção penal, dessa forma, limita o fornecimento, mas não consegue controlar a demanda, o que gera valorização do bem ou serviço e cria verdadeiro monopólio para os profissionais do negócio. O efeito, então, é o de contribuir para a formação e para o crescimento de organizações criminosas¹⁴.

Segundo essa ótica criminológica do risco de a criminalização incentivar a conduta que objetiva reprimir, tem-se também a violação ao princípio da proporcionalidade.

Enfim, o tipo sob exame promove a violação ao Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da Constituição da República), ao princípio da estrita legalidade em matéria penal (artigo 5º, XXXIX, da Constituição da República), ao princípio constitucional implícito da lesividade e ao princípio da proporcionalidade.

Diante desse quadro, assenta-se a não-recepção do artigo 50 da Lei das Contravenções Penais, impondo-se seja desprovido o recurso extraordinário da acusação.

4. Dos pedidos

Pelos motivos expostos, **requer-se:**

¹⁴ Idem.

ASSESSORIA DE ATUAÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – AASTF
5º Ofício da Defensoria Pública-Geral da União

a) admissão da Defensoria Pública da União no processo, na qualidade de amicus curiae, franqueando-se o exercício das faculdades inerentes a essa função, entre as quais a apresentação de informações, manifestações, memoriais e a sustentação oral dos argumentos em Plenário;

b) o reconhecimento da não-recepção do tipo previsto no artigo 50 da Lei das Contravenções Penais, desprovendo-se, assim, o recurso extraordinário;

c) a intimação dos atos do processo.

Pede deferimento.

Brasília, 23 de março de 2021.

Assinado digitalmente
Gustavo Zortéa da Silva,
Defensor Público Federal de Categoria Especial¹⁵.

¹⁵ Designado para atuação no STF pelo Defensor Público-Geral Federal por meio da Portaria GABDPGF DPGU nº 233, de 14 de março de 2019, disponível em <https://www.dpu.def.br/portarias/gabdpgf/2019/49544-portaria-gabdpgf-dpgu-n-233-de-14-de-marco-de-2019-dispoe-sobre-a-composicao-da-assessoria-de-atuacao-no-supremo-tribunal-federal-aastf>.