

## VOTO – VOGAL

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: De início, louvo a decisão monocrática do eminente Ministro Luiz Fux, **exarada em um contexto de absoluta e inadiável necessidade**, e logo submetida a referendo do Plenário desta Corte.

A questão sobre as apostas de quota fixa merece detida e pormenorizada análise, por esta Suprema Corte, a respeito de sua constitucionalidade.

O tema envolve a apreciação da adequação e efetividade de uma legislação com severos impactos sobre políticas públicas, o que implica ponderação e cautela, com o correto enquadramento das questões discutidas, tendo em vista os fatos aquilatados pelos demais Poderes, as prognoses realizadas e as escolhas estruturadas.

É preciso um exame acurado dos fatos e prognoses levados a efeito pelo legislador à luz, em especial, dos direitos fundamentais, como também à luz de técnicas de prevenção a ilícitos penais, tal como lavagem de capitais.

Faço apenas esse registro para que possamos refletir adequadamente sobre as matérias que aqui se colocam até o julgamento de mérito.

Também nesse espírito relembro que o fenômeno da inconstitucionalidade não ocorre tão somente em hipóteses de excessos do legislador, ao contrário, igualmente se configura em casos de proteção insuficiente. Sobre o tema, tive oportunidade de registrar em sede doutrinária:

“Ao lado da ideia da proibição do excesso tem a Corte Constitucional alemã apontado a lesão ao princípio da proibição da proteção insuficiente.

Schlink observa, porém, que, **se o Estado nada faz para atingir um dado objetivo para o qual deva envidar esforços, não parece que esteja a ferir o princípio da proibição da insuficiência, mas sim um dever de atuação decorrente de dever de legislar ou de qualquer outro dever de proteção. Se se comparam, contudo, situações do âmbito das medidas protetivas, tendo em vista a análise de sua eventual insuficiência, tem-se uma operação diversa da verificada no âmbito da proibição do excesso, na qual se examinam as medidas igualmente eficazes e menos invasivas. Daí concluiu que ‘a conceituação de uma conduta estatal como insuficiente**

(*untermässig*), porque 'ela não se revela suficiente para uma proteção adequada e eficaz', nada mais é, do ponto de vista metodológico, do que considerar referida conduta como desproporcional em sentido estrito (*unverhältnismässig im engeren Sinn*)'.

Em julgamento de interesse doutrinário evidente – RE 418.376 –, o Supremo Tribunal Federal deparou com hipótese em que, na decisão recorrida, não fora reconhecida a união estável entre homem e mulher como uma entidade familiar, para efeitos da aplicação da cláusula de extinção da punibilidade prevista no art. 107, inciso VII, do Código Penal.

Tratava-se de situação em que certa criança fora confiada a tutor, que com ela manteve relações sexuais desde que a menina tinha 9 anos de idade. Ou seja, postulava-se o reconhecimento de união estável entre garota de 12 anos que engravidou, após manter relações sexuais com o marido da tia, seu tutor legal, e que, depois de ter o filho, veio a juízo afirmar que vivia maritalmente com o próprio opressor.

Naquela ocasião, o Min. Gilmar Mendes registrou que, para além da costumeira compreensão do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (já fartamente explorada pela doutrina e jurisprudência pátrias), há outra faceta desse princípio, a abranger conjunturas diversas, entre as quais a daqueles autos.

É que, por óbvio, conferir à situação o status de união estável, equiparável a casamento, para fins de extinção da punibilidade (nos termos do art. 107, inciso VII, do Código Penal) não seria consentâneo com o princípio da proporcionalidade no que toca à proibição de proteção insuficiente." (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 233-234)

Penso, nesse sentido, que a eventual constatação de déficit regulamentar pode ensejar a declaração de inconstitucionalidade de normas. Assim, todas essas reflexões levam-me a pontuar que vislumbro, ao menos em juízo perfunctório, a necessidade de melhor elaboração do arcabouço regulatório sobre o tema ora em exame.

Com efeito, é preciso melhor desenvolver a regulação estatal, inclusive, para mitigar e, eventualmente, punir os responsáveis por manipulações e fraudes perpetradas.

Faço essas reflexões para que levemos em consideração quando do julgamento de mérito desta importante questão que tem graves impactos sociais e econômicos.

Ante o exposto, **acompanho** o eminente Ministro Luiz Fux, enaltecendo, mais uma vez, o cuidado do Relator na condução célere e eficaz desses processos.

**É como voto.**