ESTADO FEDERAL — PODÊRES DA UNIÃO — EXPLORAÇÃO DE LOTERIAS

— A exploração de serviço de loterias, envolve matéria penal, da competência legislativa da União. Não podem os Estados estabelecer normas supletivas sôbre o assunto.

PARECER

CONSULTA

Abriu o Estado do Paraná concorrência pública, nos têrmos do Decreto-lei federal n.º 6.259, de 10 de fevereiro de 1944, para conceder a particulares de comprovada idoneidade a exploração da loteria estadual.

Publicados os editais, à concorrência compareceu o Sr. Bráulio Virmond Lima, que, para inscrever-se como candidato à concessão, adquiriu, por exigência dos editais, 3.000 apólices estaduais de Cr$ 1.000,00 cada, tendo sido, prèviamente, julgado idôneo e em condições de apresentar proposta, pela Comissão da Concorrência.

Sobreveio, então, uma lei local, já nesta altura da concorrência, e determinou a exploração do serviço diretamente pelo Estado.

Em face dêsse diploma, a Comissão negou-se a receber a proposta do único candidato inscrito, originando seu veemente protesto junto ao Governador do Estado, sob alegação de que a lei local

ofendeu-lhe direito líquido e certo de obter a concorrência instituída com observância da lei federal, Decreto-lei n.º 6.259, de 10 de fevereiro de 1944, o qual, disciplinando o serviço de loteria federal e estadual, após preceituar que "os Governos da União e dos Estados poderão atribuir a exploração do serviço de loteria a concessionários de comprovada idoneidade moral e financeira" (art. 2.º) dispõe, no art. 3.º, que "a concessão ou exploração lotérica, como derrogação das normas de Direito Penal, que proibiu o jôgo de azar, emanará sempre da União, por autorização direta quando a loteria fôr federal, ou mediante decreto de ratificação quanto às loterias estaduais".

Sem solução, até a presente data, sua reclamação ao Govêrno do Estado, e para fazer valer seus direitos, inclusive perante os tribunais, se necessário, consulta o interessado.

— Poderia, na hipótese, a lei local vedar a exploração da loteria estadual mediante concessão a particulares, como previsto na legislação federal pertinente? Tem a lei local, no caso, eficácia em face da legislação federal ?

PARECER

Para resposta à consulta, não se pode perder de vista que o Brasil é um Estado federal, a saber, aquêle em cujo território se exerce ação política de dois Governos distintos, o geral e o local. A sua caracterização, como discursa Vítor Nunes Leal, Professor de Política da Universidade do Brasil, é problema tormentoso pela dificuldade extrema de distingui-lo do estado unitário descentralizado, pois que, em ambos, se nota a coexistência, num mesmo território e sôbre os mesmos cidadãos, de duas esferas de Governos, a geral e a local, ambos a expedir normas, que muitas vêzes se conflitam. Aceita o ilustre Professor, como aceitamos, para conceituar o Estado federal, a velha fórmula de Bryce, repetida por Queirós Lima: "O que caracteriza o estado federal é, justamente, o fato de, sôbre um mesmo território e sôbre as mesmas pessoas, se exercer, harmônica e simultâneamente, a ação política de dois governos distintos, o federal e o estadual" (V. Le Fur, *État Fédéral et Confédération d'États*; Mouskhell, *La Théorie Juridique de L'État Fédéral*; Durant, *Les États Fédéreaux (étude de droit constitutionnel positif)*; Queirós Lima, *Teoria do Estado*, 4.ª ed., 1943, pág. 240; Vítor Nunes Leal, *Leis Federais e Leis Estaduais*, "Revista de Direito Administrativo", vol. 1.º, pág. 765).

O certo é que, na conceituação do Estado federal, a *norma juris* emanada do Govêrno federal tem ação ampla e irrestrita e, se conflita com norma local, mormente quando estão em jôgo direitos e interêsses de cidadãos, a regra federal tem imperatividade absoluta, eficácia plena, ação dominante e completa.

Os homens práticos da convenção de Filadélfia imaginaram um Govêrno em que a União teria apenas os podêres expressos e o remanescente ficaria com os Estados-membros. A pouco e pouco, a realidade política alterou o quadro constitucional e o que se viu e o que se vê, não só nos Estados Unidos como em nossa Pátria, é a expansão dos podêres federais, é a União, através de teorias várias, como a dos podêres implícitos, assumir, pràticamente, os mais importantes podêres de govêrno, dando à lei federal uma ação dominante e absorvente.

A União, que surgiu como criação dos Estados, no curso da história constitucional, acaba por dominar a todos êles, de tal arte que se apagaram pràticamente, em favor da União, as linhas demarcatórias das competências, como ainda recentemente assinalava o Professor Willian Anderson, na Universidade de Minesota, em estudo apresentado ao Congresso Internacional de Ciências Administrativas, reunido em Berna, em 1947: *The lines of division between national and state functions are considerable blurred at the present time.*

Nos Estados Unidos, presentemente, não há, nos domínios políticos, sinceros defensores dos podêres dos Estados. Os

partidos, sòmente quando apeados do poder, é que os defendem, como assinala o citado Professor, a propósito do programa do *New Deal*, executado pelo Presidente Roosevelt: "Mesmo no Partido Democrático havia dissidentes do programa Roosevelt", escreve o Prof. Willian Anderson. Foi, porém, o Partido Republicano o principal líder do movimento em prol dos "direitos estaduais" e o "autogovêrno local". Os estudiosos de história não deixaram de notar esta curiosa inversão de posições partidárias. O Partido Democrático sempre foi considerado favorável aos direitos estaduais, e o Partido Republicano, desde o tempo do Presidente Lincoln, o partido da União e do nacionalismo. Parece, agora, mais acertado dizer-se que o partido que controla o Govêrno federal revela tendência mais centralizadora, enquanto se mantém no poder. Por outro lado, o maior partido da oposição, seja o Democrático, seja o Republicano, utiliza o contrôle de que dispõe sôbre certos governos estaduais para fortalecer sua oposição à política federal. Para isso, tem necessidade de pôr ênfase nos "direitos estaduais", pelo menos enquanto figura na oposição. Quando o partido oposicionista ganha o contrôle da Administração federal, começa a revelar, quase imediatamente, uma sutil mudança de rumo, enquanto o partido derrotado, por sua vez, se retira para as suas bases nos Estados que ainda controla" (ob. cit., loc. cit.).

Mas, o certo, é que, no Estado federal, não há hoje a menor dúvida, os podêres federais são plenos e a lei federal tem preeminência, mesmo em muita matéria que, a rigor, deveria ser regulada pelo Legislativo estadual (ver, a propósito, notável parecer do Dr. Carlos Medeiros Silva, quando Consultor-Geral da República, sôbre a pretensão do Govêrno de São Paulo de assumir a fiscalização das ferrovias, entregue pela legislação federal pertinente ao Departamento Nacional de Estradas de Ferro (*Pareceres do Consultor-Geral da República*, vol. I, pág. 133).

Entre nós, é bem conhecida, escreve Pedro Lessa, a gradação que o regime federal estabeleceu entre disposições constitucionais e legais da União e dos Estados. "Em primeiro lugar está a Constituição federal, que prevalece sôbre tôdas as demais leis federais e locais; em segundo lugar as leis federais; em terceiro as Constituições dos Estados, em quarto as leis dos Estados" (*Do Poder Judiciário*, pág. 116). Rui Barbosa, a seu turno, repete: "Nos países federalizados, como os Estados Unidos, como o Brasil, a escala é quádrupla: a Constituição, as leis federais, as Constituições dos Estados, as leis dêstes. A sucessão em que acabo de enumerá-las, exprime-lhe a hierarquia legal. Dado o antagonismo entre a primeira e qualquer das outras, entre a segunda e as duas subseqüentes, ou entre a terceira e a quarta, a anterioridade, na gradação, indica a precedência na autoridade".

Em modesto estudo sôbre *Hierarquia das Leis e Competência Legislativa da União, dos Estados e dos Municípios* (*Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores*, n.º 8, agôsto de 1944, págs. 42 e segs.; *Revista do Serviço Público*, fevereiro de 1945, pág. 116), depois de transcrever a opinião de Rui Barbosa, opúnhamos-lhe temperamentos: o problema é de competência: a lei federal tem preeminência quando regula matéria de sua alçada. O Professor Vitor Nunes Leal nos dava razão na nossa advertência, desfazendo equívocos possíveis: "O equívoco em que se pode incidir reside na formulação genérica da aludida hierarquia, subordinando-se as Constituições e as leis estaduais às *leis federais*, sem estabelecer nenhuma restrição à expressão "leis federais". A hierarquia existe, assinala o ilustre Professor, atual Chefe da Casa Civil da Presidência da República, um dos maiores especialistas de direito público da nova geração de juristas e homens públicos do país, a hierarquia existe, "mas, em vez da simples expressão "leis federais", deve-se dizer "leis federais válidas", isto é, expedidas dentro da com-

petência da União e que não infrinjam qualquer proibição constitucional" (*Leis Federais e Leis Estaduais*, Revista cit., pág. 778).

O que, portanto, no caso da consulta cumpre verificar é se a lei federal deve prevalecer, contràriamente à lei local, quando faculta a exploração do serviço de loteria, mediante concessão. Em caso de dúvida ou controvérsia, prevalece a lei federal, a supremacia é da lei federal, como assinala Mathews, Professor de Ciência Política da Universidade de Illinois; *in case of doubt or controversy, the suprematy of national law in its sphere is enforced by the courts* (*The American Constitutional System*, 2.ª ed., 1940, pág. 22).

Posta nestes têrmos a questão, ela se resolve por si mesma porque o poder exclusivo da União, de legislar sôbre loteria, jamais foi contestado. Desde a primeira loteria que apareceu no país, foi ela objeto de concessão do Govêrno Geral. Rubens Rosa assim se refere a essa primeira loteria patrícia:

"No Brasil, no mesmo ano da proclamação da Independência, Pedro I encarregou o Banco do Brasil: *a*) de formar o plano de uma loteria para com o benefício dela auxiliar as despesas do Teatro São João, por "reconhecer a impossibilidade do proprietário, Fernando José de Almeida, de continuar a pôr em cena espetáculos que sejam dignos de oferecer-se ao público desta Côrte; *b*) "de legalizar as contas do sobredito proprietário"... *c*) "de suprir, igualmente, produto da nova loteria o excedente das despesas do Teatro, conservando em caixa o resto líquido para o aplicar no futuro ao mesmo fim do suprimento dos gastos, a que não chegaram os lucros procedentes".

E justificou o ato afirmando que "os teatros são favorecidos em tôdas as nações civilizadas" (decreto de 26 de dezembro de 1822).

Já em 1825, entre os devedores particulares dêsse Banco, figurava dito Teatro pela quantia de cento e trinta contos entregues por ordem do Govêrno" (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 29, pág. 317).

Na verdade, a exploração do serviço de loteria, *mediante concessão*, é uma constante do nosso direito administrativo, assim ela surgiu nos nossos costumes e no seio da nossa administração, tal como surgiu, na Itália, considerada o verdadeiro berço das loterias, *pays consideré comme etant le veritable berceau des loteries.*

Elas foram, em verdade, primeiro exploradas, como verdadeiras rifas, por particulares e notadamente por comerciantes de Veneza, desejosos de se desembaraçar de mercadorias que ao fácil perdem a frescura, *marchandises défraichies* e artigos valiosos, de venda difícil. *Elles ne furent d'abord exploitées que par des particuliers et notament par des commerçants Venetiens desireux de se debarasser de leurs marchandises defraichies ou d'articles d'un prix trop elevé pour trouver prenneur"* (Pierre Coste, *Les Loteries en Europe*, Paris, 1933, pág. 16).

Quando o direito se apercebeu dêsse grande instrumento financeiro foi para colocá-lo sob contrôle exclusivo do Estado. Foi, assim, lá pelo meado do século XVI que o Govêrno de Florença o instituiu — *mais le gouvernement florentin aurait institué une loterie dès 1530*, informa Pierre Coste.

Em nosso país, em face do nosso direito penal, a regra é a proibição do jôgo de azar, de sorte que o serviço de loteria constitui exceção a êsse princípio, como, a respeito, dispõe, expressamente, a *lei federal.* É a lei federal, com efeito, que regula, às completas, o serviço de loteria e estabelece os meios de sua exploração, a saber, diretamente pelo Estado, *ou mediante concessão a pessoas "de comprovada idoneidade moral ou financeira"*, sob as seguintes condições:

1) prazo máximo de cinco (5) anos para as concessões;

2) distribuição da percentagem mínima de setenta por cento (70%) em prêmios, sôbre cada emissão;

3) impossibilidade de exploração, simultânea, direta ou indiretamente, de mais de um serviço lotérico pela mesma pessoa, física ou jurídica;

4) duas (2) extrações por semana, com os prêmios maiores de cem mil cruzeiros (Cr$ 100.000,00) a cinco milhões de cruzeiros (Cr$ 5.000.000,00) para a loteria federal, e uma (1) extração senal ou quinzenal, com os prêmios maiores de cinqüenta mil cruzeiros (50.000,00) a dois milhões de cruzeiros (Cr$ 2.000.000,00) no caso das loterias estaduais;

5) emissão máxima, pela loteria federal, de quarenta mil (40.000) bilhetes para cada extração, e, pelas estaduais, de seis mil (6.000) por milhão de habitantes ou fração, fixado em qualquer caso o limite máximo de quarenta mil (40.000) bilhetes, salvo autorização especial para emissão em duas (2) séries, as quais, entretanto, obrigatòriamente, serão do mesmo plano e se decidirão por um único sorteio, no mesmo dia;

6) pagamento do impôsto de 5% na forma do art. 13 e seus parágrafos.

Mas, à União cabe, com exclusividade, legislar sôbre a loteria, precisamente porque tem competência para legislar *sôbre direito penal* (Constituição federal, art. 5.º, n.º XV, letra *a*). Está no art. 3.º do Decreto-lei n.º 6.259, de 1944: "A concessão ou exploração lotérica, como derrogação das normas do Direito Penal, que proibiu o jôgo de azar, emanará sempre da *União*, por autorização direta, quanto à loteria federal, ou mediante decreto de ratificação quanto às loterias estaduais".

Por se tratar de matéria compreendida no âmbito do direito penal, é que a União legisla, com exclusividade, sôbre o serviço de loterias, ainda a estadual. O próprio Decreto-lei federal n.º 6.259 dissipa qualquer dúvida, a respeito: "O serviço de loteria federal ou estadual executar-se-á, em todo o território do país, de acôrdo com as disposições do presente Decreto-lei" (art. 1.º).

Se assim é, se ao Estado é defeso regular o assunto, segue-se que não podia o Poder Legislativo estadual dispor sôbre tal serviço, de modo diverso do estatuto federal, a saber, vedando as loterias *mediante concessão*.

O serviço de loteria foi dado aos Estados, mas, nos moldes da legislação federal, que disciplina, totalmente, completamente, a matéria.

A loteria é, assim, deferida aos Estados, como, na república norte-americana, a União defere aos Estados-membros os *grant-in-aid*, a saber, verdadeiras subvenções a serviços que devem ser mantidos pelos Estados, com a condição de que sejam atendidos princípios e *standards* administrativos, *uniformemente fixados pela União* (Osvaldo Trigueiro, *O regime dos Estados na União Americana*, pág. 74).

Como escreve êsse eminente publicista pátrio, para muitos e, particularmente, para a mentalidade política conservadora, o sistema repugna ao espírito do regime, e importa no solapamento da autonomia constitucional dos Estados pelo poder financeiro da União. Mas, na realidade política, o *grant-in-aid* sustenta e fortalece o federalismo, embora o modificando profundamente (ob. cit., pág. 76). É bem certo que resulta dessa política de benefícios uma limitação na atividade do Estado-membro, limitação de atividade legislativa e administrativa, para observância irrestrita dos *standards* federais, como observa Munro: *The continued extension of the grant-in-aid policy is bound, therefore, to whitle away some of independence of action which the states have hitherto enjoyed within their own constitutional sphere of activity* (*The Government of the United States*, 5.ª ed., pág. 484). Mas, isso se dá, essa transigência dos princípios se verifica, porque dos *grant-in-aid* resultam, de fato, benefícios consideráveis para o Estado.

No caso da loteria, pode-se dizer que a sua exploração limita os podêres estaduais, mormente o legislativo, que não pode estabelecer normas a respeito. É que existe a exaustão federal, a sa-

ber, a legislação federal esgota tôda a matéria, mas, em compensação, outorga-se ao Estado, como derrogação de normas de direito penal que proíbem o jôgo de azar, um serviço, que, mesmo concedido, traz vantagens concretas para o tesouro estadual.

Não se trata, aqui, de um serviço público estadual comum, que, se o fôsse, a competência dos podêres do Estado para estabelecer normas sôbre sua exploração seria evidente. Tanto não se trata de serviço público, que os concessionários, e mesmo o Estado, estão sujeitos, na sua exploração, ao pagamento do impôsto previsto no art. 13 do Decreto-lei n.º 6.259, de 1944, como a propósito decidiu o Supremo Tribunal Federal, em recurso extraordinário, de que foi relator o preclaro Ministro Orosimbo Nonato, que acentuou: "A loteria não é serviço público. Sua exploração não versa objeto que se compreenda como pressuposto da organização dos Estados: é uma modalidade de jôgo. A regulamentação do jôgo é que pode ser objeto de concessão do Estado, que, entretanto, não pode exaltá-la à categoria de verdadeiro serviço público" (*Revista Forense*, vol. XCVIII, pág. 360). Neste sentido, é abundante a jurisprudência, como se vê da sentença de Pedro Augusto Amaral, quando juiz da cidade de Santos, unânimemente confirmada pelo colendo Tribunal de Justiça de São Paulo:

"E a argumentação acima expendida (visando à isenção fiscal) seria apropriada e pertinente, se o serviço de loteria constituísse uma concessão de serviço público federal. Entretanto, tal não acontece.

Não se encontra no Decreto-lei n.º 6.259 dispositivo que autorize semelhante interpretação. Nesse diploma, ao contrário, a concessão para exploração de loteria é definida "como derrogação das normas do direito penal, que proíbem os jogos de azar" (art. 4.º). A nossa jurisprudência sempre se mostrou infensa a êsse entendimento e não atribui ao serviço de loteria o caráter de serviço público concedido" (*Revista dos Tribunais*, 137/517; 138/179; 150/-566; 156/403, e *Revista Forense*, 98/360; *Revista Forense*, vol. CXXXVII, pág. 133).

Mesmo antes do Decreto-lei n.º 6.259, de 1944, Gabriel Passos, quando Procurador-Geral da República, mais jurista do que político, assinalava, em lúcido parecer:

"A loteria é, por natureza, modalidade de jôgo de azar. A lei, porém, a retira excepcionalmente do quadro das contravenções e regulamenta a sua exploração para auferir renda com destinação especial.

Por natureza, pois, o jôgo lotérico, a sua exploração, não é atividade necessária ao Estado, aos cidadãos, nem é atividade lícita a que os cidadãos se pudessem entregar.

Por considerações de conveniência econômica que sobrepujaram as de ordem moral, a União explora o jôgo de azar — Loteria — através de concessões a particulares e permite que os Estados, com os mesmos objetivos, façam análoga concessão dentro dos respectivos territórios.

Como essa exploração constitui uma exceção à regra geral de que são proibidos os jogos de azar, e desde que à União é que compete ditar a lei penal para todo o país, definindo o que é ou não crime ou contravenção, lògicamente que pode ela proibir a todos a exploração de loterias, inclusive às entidades políticas menores, os seus Estados componentes.

É a lei federal que define o que é jôgo lícito ou ilícito (art. 5.º, XIX, *a*, da Constituição); que permite ou veda a exploração de loterias; que dá aos bilhetes de loteria o valor de um título ao portador (art. 22 do Decreto n.º 21.143); que tem, afinal, o poder regulamentar sôbre todo o jôgo lotérico e a sua exploração.

Onde, pois, fundamento ou consciência para considerar-se a exploração lotérica como um serviço público explorado ou concedido pelo Estado, análogo ou semelhante àqueles que são intangíveis, que estão fora do poder de tri-

butação da União, justamente porque são criações normais, peculiares, constitucionais dos Estados?

Desde que os Estados não podem legislar sôbre o jôgo, a faculdade que lhes é deferida de explorar ou conceder loterias redunda em mera permissão ou tolerância por parte da União" (*Revista Forense*, vol. 72, pág. 542).

Pelo que se vê, não vale argumentar que a lei federal, Decreto-lei n.º 6.259, permite a exploração direta da loteria, pelo Estado, (art. 4.º), para concluir-se que, assim, poderia a legislação estadual estabelecer fôsse essa exploração própria do Estado. O argumento só na aparência seria verdadeiro. É que, aqui, não se trata de serviço público, de modo que o legislativo estadual não poderia, como não pode, optar por essa diretiva, a saber, não pode legislar a respeito, vedando as concessões, porque, então, estaria legislando para alterar condições em que o serviço foi deferido ao Estado e, o que é mais grave, para ferir interêsses e direitos, que estavam escudados na legislação federal, qual o direito do candidato, que atendeu a edital do Estado, fêz despesas e gastos, confiado em dispositivo expresso da *lei federal*, o art. 2.º do Decreto-lei n.º 6.259, de 1944.

Em minha opinião, a lei estadual é simples manifestação política da Assembléia Legislativa, mas, não é uma *norma juris* que obrigue o Governador, na espécie. Certo, após a extinção do prazo da concessão a ser dada, concessão por cinco anos, essa resolução valerá como uma orientação política da essembléia ao Executivo estadual.

Mas, eficácia, em face da lei federal, a lei estadual efetivamente não possui, principalmente, como se disse, para ferir interêsses consideráveis do candidato, ou candidatos à concorrência, que estava se processando com fundamento na lei federal, na data do diploma estadual.

A União legisla sôbre o serviço de loteria, valendo-se da autorização constitucional que lhe assegura legislar sôbre direito penal (*Constituição*, art. 5.º, n.º XV, letra *a*), e sôbre direito penal o Poder Legislativo estadual não tem competência para estabelecer normas, nem mesmo supletivas (ver art. 6.º da Constituição federal).

A lei estadual, no caso, por ferir interêsses escudados na legislação federal, qual o direito do candidato que atendeu aos editais expedidos com fundamento na lei federal, Decreto-lei n.º 6.259, de 1944, não tem eficácia, em meu parecer.

Salvo melhor juízo.

Rio de Janeiro, 24 de setembro de 1957. — *A. Gonçalves de Oliveira*, advogado no Distrito Federal.