TAXA DE EXPLORAÇÃO DE LOTERIAS — CONSTITUCIONALIDADE

— É legítima a exigência e cobrança da taxa de exploração de loteria pelo Estado.

MINISTÉRIO DA FAZENDA

PROCESSO M. F. N.º 61.466-67

PARECER

Como vinha o Fisco Federal continuando arrecadar, no Estado do Paraná, o denominado "impôsto lotérico" sôbre as emissões da loteria local, o Sr. Governador daquela unidade federada, entendendo haver sido dito tributo, criado pelo art. 13 do Decreto-lei n.º 6.259, de 10 de fevereiro de 1944, extinto pelo art. 5.º da Emenda Constitucional n.º 18, de 1 de dezembro de 1965, à Lei Magna de 1946, que foi reproduzido pelo art. 17 da Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966, instituinte do vigente Código Tributário Nacional, solicita ao titular desta pasta que deslinde a questão (fls. 1).

2. O minucioso parecer de fls. 3-4, após várias considerações sôbre o problema, chega à conclusão de que sôbre a referida loteria estadual, continua, *ex vi* do art. 14, V, e § 3.º do Decreto-lei n.º 34 de 18 de novembro de 1966, a incidir dito tributo, que continua em vigor e passou, por êsse dispositivo a denominar-se "Taxa de Exploração de Loterias", sem perquirir, porém, qual a natureza do mesmo e a respeito de problemas de direito intertemporal e de hierarquia das regras jurídicas, quando êsses são os pontos fulcrais em função dos quais gira o problema em análise.

3. Com efeito, dispunha a predita emenda constitucional, em seu art. 5.º, que

"Os impostos componentes do sistema tributário nacional são exclusivamente os que constam desta Emenda, com as competências e limitações nela previstas", e, assim estatuindo, delimitou constitucionalmente os podêres impositivos federal, estadual e municipal, restringindo-os tão só aos impostos por ela explícita e taxativamente discriminados.

4. Com isso não só ficaram extintos todos os impostos, antes existentes, inclusive o denominado *"impôsto lotérico"*, se pertencente, realmente, a êsse gênero de tributação como vedado o seu restabelecimento daí para o futuro.

5. De fato, é certo que, vitoriosa, a Revolução de 1964 investiu-se formalmente, pelo Ato Institucional n.º 1, de 10-4-64, no Poder Constituinte, nos têrmos dêsse *ato normativo*, mas, assim procedendo, *institucionalizou* e *autolimitou*, ao seu próprio ordenamento constitucional, a sua atuação como *poder constituído*, o que lhe vedou, no exercício dêste, a criação, por lei ordinária, tomado o têrmo em sentido amplíssimo, de qualquer impôsto extrapolante da enumeração taxativa acima referida permitindo-lhe apenas regular a auferição de tais tributos e só ultrapassar êsse limite mediante prévia emenda constitucional que viesse permitir a expansão do sistema tributário, o que só se verificou com a entrada em vigor da Constituição do Brasil de 1967, que outorgou à União poder para criar outros impostos, além dos discriminados em seus arts. 22 e 23 (art. 19, § 6.º).

6. Assim, o fato de haver o Decreto-lei n.º 34, de 13-11-66, estatuído:

"Art. 14 — Fica extinta a cobrança dos seguintes impostos:

. . . . . .

IV — cota de fiscalização de loterias (artigo 15 do Decreto-lei n.º 6.529, de 10 de fevereiro de 1944);

§ 3.º O impôsto sôbre faróis (Lei número 4.302, de 6 de junho de 1963), o impôsto sôbre o valor de prêmios distribuídos por sorteio (artigos 8.º letra b, *e 33 do Decreto-lei n.º 7.930, de 3 de setembro de 1945) e o impôsto sôbre loterias (Decreto-lei número 6.529, de 10 de fevereiro de 1944) pas-*

sarão a ser arrecadados sob as denominações de taxa de utilização de faróis, taxa de distribuição de prêmios e Taxa de Exploração de Loterias, respectivamente",

pósto fôsse, porque êsse repristinamento, ou ressurreição da norma revogada, importaria em extralimitação constitucional do seu poder tributante (M. A. CATTANSO, *Il concetto di rivoluzione nella scienza del diritto,* Milano, 1960; L. RECASENS SICHES, *Filosofia del Derecho,* México, 1959, p. 297 e s.; C. MAXIMILIANO, *Hermen, e Aplic. do Dir.,* 6.ª ed., Rio, 1957, p. 448-449; CAMPOS BATALHA, *Lei de Introd. ao Cód. Civ.,* S. Paulo, 1957, vol. I, p. 124 e s.; A. BALEEIRO, *Limit. Constit. ao Poder de Tribut.* 2.ª ed., Rio, 1960; P. BARILE, *La Costituz. omde norma guir.,* Firense, 1951, p. 61 e s.; PONTES DE MIRANDA, *Coments. à Constit. de 1946,* 3.ª ed., Rio, 1960, vol. III, p. 101-102).

7. Necessário se faz, assim, indagar inicialmente qual a verdadeira natureza jurídica do tributo em questão, a qual, no direito pátrio, é determinável, *ex vi lege,* única e exclusivamente por seu *fato gerador, hipótese de incidência, fattispecie, tatbestand, ou hecho imponible.*

8. Realmente dispõe o Código Tributário Nacional em seu

"Art. 4.º A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-lo:

I — a denominação e demais características formais adotadas pela lei;

II — a destinação legal do produto da sua arrecadação",

prccisando ainda, em seu art. 16, que

"Impôsto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte",

e conceituando a taxa do seguinte modo:

"Art. 77 — *As taxas* cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, do serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou pôsto à sua disposição.

Parágrafo único — A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondem o impôsto.

Art. 78 — Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interêsse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstinção de fato, em razão de interêsse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos" (Redação dada a êste dispositivo pelo art. 7.º do Ato Complementar n.º 31, de 28 de dezembro de 1966) .

9. Mister se faz, portanto, examinar a legislação instituidora do "impôsto lotérico" ora legalmente denominado *Taxa de Exploração de Loterias,* à bens dêsses preceitos do Código Tributário Nacional, que é diploma *intercalar* entre a Lei das Leis e as leis *ordinárias puras",* como estatuto normativo a elas hieràrquicamente superposto (PONTES DE MIRANDA, *ob cit.,* t. VIII, Supl. I, Rio, 1962, p. 180; BARILE, *ob cit., passim;* GERALDO ATALIBA, *Sist. Constit. Tribut. Bras.,* S. Paulo, 1968, p. 93 e s.);

10. Ora, o Decreto-lei n.º 6.259, de 10 de fevereiro de 1944, que "dispõe sôbre o serviço de loterias" e instituiu o tributo em questão, prescreve:

"Art. 3.º A concessão ou exploração lotérica como derrogação das normas do Direito Penal, que proíbem o jôgo de azar, emanará sempre da União, por autorização direta quanto à loteria federal *ou mediante decreto de ratificação às loterias estaduais.*

Parágrafo único. O *Govêrno federal decretará a nulidade de loteria federal ratificada, no caso de transgressão de qualquer de suas cláusulas.*

. . . . . .

Art. 13 — As loterias federal e estaduais ficam sujeitas ao pagamento do impôsto de 5% sôbre a importância total de cada emissão, o qual poderá ser cobrado dos compradores de bilhetes.

§ 1.º — Nenhuma extração de loteria estadual será permitida sem que, até a vés-

pera da data designada para o sorteio, se efetue o pagamento do impôsto de 5% sôbre a mesma extração, exibido ao Fiscal o talão comprobatório do recolhimento".

11. Afora isso, dispõe ainda êsse diploma legal deverem aquelas loterias ter seus planos prèviamente aprovados pelo Diretor das Rendas Internas e ficar sob o permanente *police power* da Fiscalização Geral das Loterias nos moldes que estabelece (arts. 17, 34, 35, 40, 64, 66, 67, 68 e 72).

12. Foi ela porém, derrogada pelo Decreto-lei n.º 204, de 27-2-67, o qual mantendo os dispositivos da legislação anterior, não revogados, implícita ou explìcitamente por suas normas, confirmou a ratificação das *loterias estaduais então existentes*, vedando a criação de outras daí para o futuro (art. 32), e conservando aquelas sob o mesmo jurídico, estatuindo todavia, em seu artigo 1.º, que

"A exploração da loteria federal como derrogação das normas de Direito Penal, constitui *serviço público exclusivo da União*, não sendo suscetível de concessão e só será permitido nos têrmos do presente decreto-lei".

13. Portanto, quer ante a legislação antecedente, quer sob a vigorante, a *loteria*, que é um jôgo de azar, vedado pela lei penal, foi excepcionalmente, erigido em atividade comercial, *monopolística* da União, cuja exploração, anteriormente autorizável aos Estados federados, no âmbito de sua esfera de autonomia territorial e, posteriormente, nem a êles permissível, conquanto mantidas as estaduais preexistentes e em exploração (A. BALEEIRO, *Uma Introd. à Ciên. das Fin.*, 2.ª ed., Rio, 1958, vol. I, p. 200 e s.; C. M. GUILIANI FONROUGE, *Derecho Financiero*, B. Aires, 1962, vol. I p. 200-201; INGROSSO, *Diritto Finanziario*, 2.ª ed., Napoli, 1956, p. 238; F. NITTI, *Princ. da Ciên. das Fin.*, trad. de C. Machado, Rio, 1937, vol. 2.º, p. 185 e s.).

14. Por isso mesmo, no direito anterior só poderiam funcionar as loterias que ratificadas fôssem pela União e ficassem sob o seu *police power*, e atualmente só às que já existiam é permitido continuarem a funcionar, mas tão só se e enquanto, de acôrdo com a fiscalização, se mantiverem dentro dos preceitos normativos da sua exploração, sob pena de ser cassada a sua *ratificação*.

15. De conseguinte, êsse *tributo sôbre as loterias estaduais*, dado o seu *fato gerador*, não se enquadra no conceito legal dessa figura do Direito Tributário, mesmo porque se constituísse tributo dessa natureza seria inconstitucional, por violador do art. 31, V, *a*, da Constituição federal de 1946, mantido pelo art. 2.º, IV, *a* da Emenda Constitucional n.º 18, de 1965, bem como pelo art. 20, III, *a*, da Constituição de 1967, mas se configura iniludìvelmente, como uma *"taxa de exploração de loterias"*, qual a conceitua o § 3.º do art. 14 do precitado Decreto-lei número 6.259, de 1944, ou, consoante mais precisamente a denomina BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, como uma *"Taxa de Fiscalização de Loterias"*, em contrapartida do *police power* exercido pela União sôbre as estaduais, de conformidade com os textos legais acima indicados e assento no art. 8.º, VII, *c*, da Lei Magna vigente (*A Taxa no Sist. Trib. Bras.*, S. Paulo, 1968, em especial p. 89-94 e 104; PONTES DE MIRANDA, *Coments. à Const. de 1967*, t. II, São Paulo, 1967, p. 31-32).

16. Legítima e inquestionável é, portanto, a exigência e cobrança que, da taxa em questão, vem efetuando a competente repartição, dêste Ministério à "Loteria do Estado do Paraná", não tendo *data venia*, a dúvida suscitada à respeito nenhum amparo jurídico legal.

Êste é o nosso parecer, S. M. J.

Procuradoria da Fazenda Nacional no Estado da Guanabara, em 24 de abril de 1969. — *Nei de Castilhos Ferreira*, Procurador da Fazenda Nacional.

Subscrevo, integralmente, as considerações e conclusões do Procurador Dr. NEI DE CASTILHOS FERREIRA em seu brilhante parecer.

Com efeito, a natureza jurídica da "taxa de exploração de loterias", antigo "impôsto sôbre loterias", é indubitàvelmente de *taxa*, segundo o conceito abraçado pelo Código Tributário Nacional.

2. Em conseqüência e como fundamentadamente demonstrando no parecer, a cobrança da mencionada taxa reveste-se de

constitucionalidade, legalidade e legitimidade incontestáveis.

3. Encaminhe-se o processo ao Senhor Coordenador do Sistema de Fiscalização.

Procuradoria da Fazenda Nacional do Estado da Guanabara, em 28 de abril de 1969. — *Cid Heráclito de Queirós,* Procurador-Geral.