LOTERIA ESTADUAL — MONOPÓLIO DA UNIÃO — CONTRAVENÇÃO

— É lícita aos estados-membros a exploração do serviço público de loterias.

— Inconstitucionalidade de monopólio federal do serviço de loterias.

— A contravenção penal de extrair loteria não autorizada dirige-se aos particulares.

PARECER

I

Por iniciativa do governador do estado de São Paulo, transita na Assembléia Legislativa o Projeto de Lei nº 482, de 1985, que restabelece a loteria estadual, sob a denominação de loteria da habitação, cuja receita líquida constituirá um fundo rotativo especial, destinado ao financiamento do sistema habitacional popular e da infra-estrutura urbana de apoio. O resultado líquido da exploração da loteria, a cargo da Caixa Econômica do Estado, será partilhado, em partes iguais, entre os municípios e o estado, com a finalidade indicada.

A consulta, que nos é formulada, indaga da constitucionalidade e legalidade do projeto em face da legislação federal sobre a matéria.

II

O deslinde à consulta impõe, de início, o exame do tratamento legal atribuído à exploração de loterias.

O sistema de sorteio de bilhetes lotéricos mergulha raízes nas tradições romanas e, através dos séculos, o veículo aleatório tem carreado recursos para o erário, com destinação social de seus resultados. Dispensamo-nos de reminiscências históricas sobre o tema, de que se enriquecem as enciclopédias, de fácil acesso, para nos concentrarmos na evolução do direito positivo nacional.

Primeiramente, destaca-se, na matéria, a permissão às loterias como procedimento excepcional do ângulo penal.

A lei federal, dispondo sobre a polícia dos costumes, contempla, entre os vícios sociais a serem reprimidos, os jogos de azar, qualificando a sua prática entre as contravenções penais.

Como lembra José Duarte, os romanos já distinguiam entre os jogos que, por sua natureza, exigiam qualidades pessoais de competência e contribuíam para formar o caráter e despertar a coragem (sobretudo jogos esportivos, de que nos fornece exem-

plo a enumeração de Paulo — *si quis certet hasta, vel pilo jaciendo, vel currendo, saliendo, luctando, pugnando, quod virtutis causa fiat*) e, de outra parte, os jogos inteiramente sujeitos às alternativas da sorte — *in quibus sors praedominatur* — que eram proibidos. Em suma, discriminava-se entre os jogos de entretenimento, que se estimulavam, inclusive como preparação à defesa da comunidade, e os jogos de azar, reputados nocivos e de periculosidade social (Duarte, José. *Comentários à Lei das Contravenções Penais*. 1944. p. 489 e segs.).

A Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941) reflete essa linha constante da legislação dos povos cultos, dispondo sobre a proibição dos jogos de azar, que define no § 3º do art. 50.

Derrogando a interdição, ressalva, porém, no preceito imediato, a licitude da exploração de loterias, desde que precedidas de *autorização legal* (art. 51).

Não é somente à autoridade federal que se faculta a competência para deferir os *sorteios autorizados*, visto que, logo a seguir, a mesma lei penal prevê a modalidade de contravenção consistente em "introduzir, para o fim de comércio, bilhete de loteria estadual em território onde não possa legalmente circular" (art. 53).

A lei penal consagra, em suma, a convivência legítima, desde que precedida de autorização regular, entre *loteria federal*, de âmbito nacional e *loteria estadual*, limitada à territorialidade do estado-membro.

A par da norma penal, excludente de ilicitude na exploração de loterias autorizadas, a lei administrativa federal tem estipulado, mediante normas que se sucedem no tempo, a disciplina da exploração dessa atividade.

O Decreto nº 21.143, de 10 de março de 1932 (ato materialmente legislativo, emitido no recesso do Parlamento) consolidou a legislação sobre loterias, em resguardo do interesse público e da moralidade administrativa, revogada "toda a legislação existente sobre loterias, federais ou estaduais" (art. 1º).

Revendo o sistema de concessões, que então prevalecia, reconhece a existência de loterias estaduais, cuja circulação fica, porém, "circunscrita aos limites dos Estados concedentes" (art. 7º) submetendo-as a registro perante o órgão federal próprio, a saber, a Fiscalização Geral de Loterias (art. 16). As loterias, tanto federal como estaduais, são consideradas serviço público (art. 20) e os bilhetes emitidos são qualificados como títulos de crédito ao portador (art. 22).

Nova consolidação é objeto do Decreto-lei nº 2.980, de 24 de janeiro de 1941, regulando o serviço de loteria federal ou estadual, ainda com a modalidade de concessão a pessoas de "comprovada idoneidade moral e financeira" (art. 2º) mantida a regra territorial de que "as loterias estaduais ficarão adstritas aos limites do Estado respectivo" (art. 2º, § 1º).

Entendida, porém, a concessão ou exploração lotérica, como "derrogação das normas do direito penal, que proíbam o jogo de azar", o art. 3º do citado decreto-lei estipula que sua existência "emanará sempre da União, por autorização direta quanto à loteria federal ou mediante decreto de ratificação quanto às loterias estaduais".

São estabelecidas normas uniformes para as loterias federal e estaduais (art. 9º), subordinando-se à prévia aprovação dos delegados fiscais da União os planos de loterias estaduais (art. 17).

Reafirma-se a repressão penal no tocante a loterias não autorizadas ou ratificadas pelo governo federal (art. 40), definindo-se, em termos atuais, a figura das contravenções penais correspondentes, cujas penas são exacerbadas.

Conforme os arts. 45 e 46 do citado Decreto-lei nº 2.980/41, configura a infração penal "extrair loteria sem concessão regular do poder concedente ou sem a ratificação de que cogita o art. 3º" ou "introduzir no

país bilhetes de loterias, rifas ou tômbolas estrangeiras, ou em qualquer Estado bilhetes de outra loteria estadual".

Nova etapa da legislação sobre loterias se oferece com o advento do Decreto-lei nº 6.259, de 10 de fevereiro de 1944, que, no entanto, praticamente repete o sistema da lei de 1941, surgindo, porém, com o aditamento a ele feito com a Lei nº 3.346, de 17 de dezembro de 1957, a previsão de que os estados executem, diretamente ou em regime de autarquia, a exploração do serviço lotérico. Subsiste, inalterado, o tratamento penal (arts. 45 e 46) com as mesmas penas de prisão e multa e de apreensão do equipamento, em benefício da Fazenda Nacional.

Por força do Decreto nº 50.954, de 14 de julho de 1961, a União assume diretamente a exploração da loteria federal, extinta a correspondente concessão. O serviço passa a ser executado pelo Conselho Superior das Caixas Econômicas, em colaboração com as Caixas Econômicas Federais, por intermédio de um órgão especializado, a Administração do Serviço de Loteria Federal (arts. 2º e 3º).

A receita líquida da loteria federal, recolhida a um fundo especial, destina-se ao financiamento de serviços públicos municipais, inclusive de abastecimento de água, e a outras operações de caráter educativo e assistencial (art. 10).

Na vigência dessas sucessivas consolidações do direito federal, sobrevive sempre o princípio da convivência entre a loteria federal e as loterias estaduais, apenas prescritos, quanto a estas, a limitação de eficácia ao seu território e o requisito formal de ratificação pela autoridade federal, em face do regime de exploração por concessionários.

Uma nova fase se inaugura, no entanto, com o Decreto-lei nº 204, de 27 de fevereiro de 1967 (emitido com apoio na competência excepcional de legislar sobre a matéria administrativa e financeira no recesso do Congresso, *ex vi* do § 2º do art. 9º do Ato Institucional nº 4, de 1966).

A exploração de loterias — como derrogação excepcional do direito penal — passa a constituir *serviço público exclusivo da União* (art. 1º).

Mais, enfaticamente, ainda, se preceitua que *não mais será permitida a criação de loterias estaduais* (art. 32).

Unicamente ficam mantidas as "loterias estaduais atualmente existentes", que, no entanto, "não poderão aumentar as suas emissões, ficando limitadas às quantidades de bilhetes e séries em vigor" (§ 1º do art. 32).

Nasce, conseqüentemente, o monopólio de fato da União com respeito ao serviço público de loterias.

As loterias estaduais existentes em 1967 sobrevivem estagnadas, sem possibilidades de expansão e não se permite a criação de outras.

III

A par dessa evolução do direito federal, merece referência o tratamento que, paralelamente, se atribui à questão no plano do direito estadual.

A Constituição do estado de São Paulo, promulgada em 9 de julho de 1947 — ajustando-se ao regime da Constituição Federal de 1946 — adota preceito especial, de teor original na matéria.

Prescreve o art. 144 da Carta estadual: "É vedado ao Estado explorar direta, indiretamente ou mediante concessão e autorização, qualquer modalidade de jogos de azar ou *de loterias*, assim como permitir a venda, em seu território, de loterais de outras procedências."

A prescrição constitucional em causa merece a crítica de Francisco Campos, em erudito parecer, no qual, abonando-lhe a legitimidade quanto à primeira parte (vedatória de loteria estadual), repudia, porém, a validade da proibição de que, no estado, pudesse circular a loteria federal (Campos,

Francisco. *Direito constitucional*. Freitas Bastos, 1956. v. 1. p. 311 e segs.).

O Supremo Tribunal Federal deixou, contudo, de acolher a inconstitucionalidade da norma, no tocante ao embaraço de circulação dos bilhetes de loteria federal, em nível de representação, remetendo a impugnação a exame em caso concreto (Representação nº 96, voto do relator, *Revista Forense*, *129*:140).

A interdição assim estabelecida na Carta estadual prevalece durante a vigência da Constituição de 1947 e somente com o advento do novo diploma constitucional de 13 de maio de 1967 (sucedido pela adaptação da Emenda nº 2, de 30 de outubro de 1969) reabriu-se a possibilidade de retorno da loteria estadual, a que agora se propõe o projeto de lei em análise.

IV

As loterias, tanto federal como estaduais, são consideradas *serviço público* desde 1932, quando pela primeira vez se consolidou o direito federal a esse respeito. É o teor expresso do art. 20 do Decreto nº 21.143, que então regulou a extração de loterias. A exploração por particulares sempre foi feita a título de concessão, configurando-se como jogo de azar, passível de repressão penal, a loteria de qualquer espécie que não emanasse de autorização do poder competente (art. 40 do Decreto-lei nº 2.980, de 1941, e do Decreto-lei nº 6.259, de 1944).

Como serviço público, ainda que explorado por concessionário, sobre ele não incide a norma penal que tem como destinatários pessoas privadas a que se interdita a prática de jogos de azar.

Disciplinando o regime jurídico das loterias permitidas não está o legislador federal exercendo a competência exclusiva, que lhe incumbe, em matéria penal. A referência feita, em mais de um passo, de que a concessão ou exploração lotérica importa *derrogação das normas de direito penal* (art. 3º do Decreto-lei nº 6.259/44 e *passim*) há de ser entendida em termos. Nela há precisamente a indicação de que a natureza pública da loteria, objeto de concessão, a coloca *fora do âmbito penal*.

É certo que a loteria instituída pela União ou pelo estado não tem a natureza ontológica ou essencial de um serviço público próprio, como prerrogativa inerente à atividade do estado. Trata-se de uma forma de canalizar recursos para a receita pública em sentido lato, como processo de financiamento de atividades de assistência social ou de benemerência pública.

Dela a União ou o estado-membro poderão valer-se ou dela abdicar, como estipulou a Constituição paulista de 1947, em ímpeto moralizador, como já exposto.

Quando, porém, o poder público, federal ou estadual, recorre a tal procedimento de captação de meios para financiar obras de caráter social, a atividade assim constituída não se relaciona com o direito penal, de que se distancia pelo próprio ato estatal que lhe dá origem.

Assumindo a natureza de um serviço público, a exploração lotérica deve comportar-se em função do território sobre o qual opera a competência administrativa da pessoa de direito público interno que a institui.

Por esse motivo, a lei federal conceitua o âmbito de circulação das loterias, convencionando que as de origem estadual ficam adstritas aos limites do estado respectivo (art. 2º, § 2º do Decreto-lei nº 6.259, de 1944 que repete igual norma do Decreto-lei nº 2.980, de 1941).

Poderia a lei federal ampliar-lhes a circulação e, quando o fizesse, estaria exercendo o poder de regular o comércio interestadual, disciplinando as relações entre o imitente e o tomador dos bilhetes, equivalentes a títulos de crédito ao portador.

É por essa razão que, embora livre a criação de loterias pelos estados, como ato pró-

prio da gestão de seus serviços (que representa uma das prerrogativas da autonomia política, no sistema federativo), é admissível a previsão do registro de sua existência perante a União, impropriamente qualificado como ratificação. Em verdade, não se trata de elemento constitutivo do serviço, que é próprio do estado. Trata-se de simples requisito formal, de caráter declaratório, excludente da incidência da norma penal que *in genere* veda a prática de atividades totalmente aleatórias, ou seja, em que o fator sorte é de exclusiva influência no resultado.

V

Abandonando o princípio tradicional de convivência entre a loteria federal e as loterias estaduais — cada qual operando na correspondente área territorial — o Decreto-lei nº 204, de 1967, inovou profundamente o direito vigente.

Vinculando a exploração de loteria às normas do direito penal, que deixam de incidir na matéria, coloca a atividade entre os assuntos privativos do poder central e, por via de conseqüência, como um *serviço exclusivo da União*, não suscetível de concessão nem passível de instituição pelos estados (art. 1º).

A loteria federal, de circulação nacional, assume caráter de exclusividade como *serviço da União* (art. 2º), atribuída sua administração à Caixa Econômica Federal.

"Não mais será permitida a criação de loterias estaduais", proclama, de modo peremptório, o art. 32 do mencionado diploma legal.

Tão-somente é tolerada a continuidade de loterias estaduais preexistentes à nova legislação, cristalizando-se, porém o *stato quo ante*, não sendo permitida a expansão de suas emissões (§ 1º do art. 32).

Dispondo por essa forma, o Decreto-lei nº 204/67 gera um virtual monopólio, pela União, do serviço público de loterias, dele excluindo os estados até então admitidos a exercer, no âmbito de seus territórios, equivalente prestação de serviço público.

A norma de exclusividade duplamente ofende o sistema constitucional, tal como configurado na lei suprema da Federação.

Primeiramente viola o princípio da autonomia estadual que se inscreve na estrutura da República Federativa.

Entre os princípios obrigatórios para os estados, prescritos na Constituição para sua organização — os chamados *princípios sensíveis da Federação* — em nenhum deles, seja na enumeração do art. 13, seja em outro preceito, se encontra apoio para a exclusão imposta aos estados, como limitação à sua criatividade.

A regra básica de que aos estados são conferidos todos os poderes que, explícita ou implicitamente, não lhes sejam vedados (art. 13, § 1º) não permite à lei federal a interdição que se lhes impõe de prover ao custeio de serviços assistenciais, culturais ou equivalentes, por meio da captação de receita própria da criação nova de loterias em seu território.

O regime federativo tem como um de seus pressupostos a convivência, constitucionalmente ordenada, entre o poder central e os poderes locais. Sempre que a harmonia do sistema federativo torna necessária a prevalência ou a exclusividade da competência federal, em contraste com a dos estados, a Constituição emite o adequado comando. Mesmo os poderes implícitos, elaborados historicamente na construção constitucional, têm como fonte poderes expressos dos quais emanam, por um processo prospectivo de interpretação.

Aos estados a Constituição da República assegura a administração de seus próprios serviços e *a fortiori* a competência de criá-los, conforme sua conveniência, bem como de prover-lhes os necessários alimentos financeiros.

Não fica, porém, nesse ângulo, a inconstitucionalidade do ditame proibitivo que se

contém na disposição de exclusividade do serviço federal de loterias.

A norma que prescreve como *serviço exclusivo da União* a exploração de loterias produz o monopólio virtual dessa atividade.

Com a ressalva tão-somente de situações preexistentes (e, mesmo assim, imobilizadas em seu *status* material), fica, de modo absoluto, eliminada a concorrência de loterias estaduais diante do privilégio exclusivo da União.

A existência de monopólio, pela União, de determinada atividade, somente a tolera a Constituição, como norma de exceção, nos estreitos e específicos limites que enuncia no art. 163, a saber:

a) quando indispensável por motivo de segurança nacional, ou

b) para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa.

Em nenhum desses dois parâmetros — únicos em que se pode inspirar a lei federal para instituir monopólio — cabe, à toda evidência, incluir-se a emissão de bilhetes de loteria para captar recursos especiais ao erário federal.

Um e outro são conceitos dotados de conteúdo próprio, ainda que indeterminado. Não oferecem uma latitude plenamente discricionária, mas se subordinam a fatores objetivos de avaliação e ajuizamento.

Ao intérprete é possível determinar a ocorrência dos pressupostos constitucionais quando se defronta com a lei federal que, expressa ou implicitamente, institui o monopólio.

Também sob este ângulo de apreciação, o critério de exclusividade, acolhido no Decreto-lei nº 204 discrepa do sistema e se contamina de eiva de inconstitucionalidade.

VI

Por todo o exposto, entendemos que o estado de São Paulo, vencida, como está, a autolimitação que lhe impunha o art. 144 da superada Constituição de 1947, pode livremente criar loteria estadual como um serviço público em seu território.

Não se subordinará sequer a lei estadual ao registro ou ratificação a que antes aludia a legislação federal, revogada, por incompatibilidade, a partir da adoção do princípio da exclusividade da loteria federal.

Viciado, pela eiva de inconstitucionalidade, o Decreto-lei nº 204, de 1967, não se opõe validamente ao exercício regular de competência legislativa do estado, fundada na autonomia, que lhe assegura a Constituição da República.

O Projeto de Lei nº 482, de 1985 — que é objeto da consulta — deve ter reconhecida sua constitucionalidade, para lhe ser franqueada a tramitação no processo legislativo.

Convertido, que venha a ser, em lei pela aprovação na Assembléia Legislativa e a conseqüente sanção e promulgação, terá existência e eficácia de pleno direito.

Se e quando lhe for oposta a norma proibitiva do Decreto-lei nº 204, caberá ao Supremo Tribunal Federal, chamado a decidir em ação própria de representação, de iniciativa do procurador-geral da República, definir a constitucionalidade das normas postas em contraste, tanto a da lei estadual superveniente, criadora da loteria, como a da lei federal, que lhe pretende impedir o nascimento.

O trâmite legislativo não fica, porém, subordinado ou adstrito ao prévio controle judicial de constitucionalidade do Decreto-lei nº 204, tanto mais que falece ao estado poder de iniciativa da ação de interpretação, prevista no art. 119, I, alínea *l*, da Constituição, da qual também é titular exclusivo o procurador-geral da República.

Em suma, independentemente de declaração judicial de inconstitucionalidade da norma constante do Decreto-lei nº 204/67 —

que proíbe a criação de novas loterias estaduais — é legítimo o exercício, pelo estado, da competência legislativa para dispor sobre serviço público dessa natureza.

Este é o nosso parecer, s.m.j. Rio de Janeiro, 2 de outubro de 1985. — *Caio Tácito,* professor titular na Universidade do Estado do Rio de Janeiro.