

30/09/2020

PLENÁRIO

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 492 RIO DE JANEIRO

RELATOR	: MIN. GILMAR MENDES
REQTE.(S)	: GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	: EMERSON BARBOSA MACIEL
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental. Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Artigos 1º, *caput*, e 32, *caput*, e § 1º do Decreto-Lei 204/1967. Exploração de loterias por Estados-membros. Legislação estadual. 3. Competência legislativa da União e competência material dos Estados. Distinção. 4. Exploração por outros entes federados. Possibilidade. 5. Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental conhecidas e julgadas procedentes. Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida e julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, julgar procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental para declarar não recepcionados pela Constituição Federal de 1988 os arts. 1º e 32, *caput* e § 1º, do DL 204/1967, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 30 de setembro de 2020.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

Documento assinado digitalmente

23/09/2020

PLENÁRIO

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 492 RIO DE JANEIRO

RELATOR	: MIN. GILMAR MENDES
REQTE.(S)	: GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	: EMERSON BARBOSA MACIEL
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

JULGAMENTO CONJUNTO - ADPFs 492 E 493 E ADI 4986

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de arguições de descumprimento de preceito fundamental e de ação direta de inconstitucionalidade que discutem a constitucionalidade de vedações a que alguns dos Estados-membros explorem loterias ou, aos que lhes são permitido, que o façam segundo limites estipulados em normativos federais. Eis o teor das normas em questão:

Decreto-Lei 204/1967

“Art 1º A exploração de loteria, como derrogação excepcional das normas do Direito Penal, constitui serviço público exclusivo da União não suscetível de concessão e só será permitida nos termos do presente Decreto-lei.

(...)

Art 32. Mantida a situação atual, na forma do disposto no presente Decreto-lei, não mais será permitida a criação de loterias estaduais.

§ 1º As loterias estaduais atualmente existentes não poderão aumentar as suas emissões ficando limitadas às

ADPF 492 / RJ

quantidades de bilhetes e séries em vigor na data da publicação dêste Decreto-lei”.

A ADPF 492, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, busca demonstrar que referido direito pré-constitucional estaria a ofender o *princípio federativo* e, de maneira mais direta, afronta a *autonomia* dos Estados-membros, o comando de *tratamento isonômico* entre os entes federativos, e a *competência político-administrativa e residual* (artigos 1º, 18, 25, 37, *caput*, e 60, §4º). Aponta ainda incompatibilidade com o *princípio da não-intervenção* (art. 34), bem como da *proibição de monopólio* (art. 170, todos da CF/88).

O Governador do Rio de Janeiro (ADPF 492 – eDoc. 01) esclarece que o Decreto-Lei 204/1967 não teria sido recepcionado porquanto estabelece à União a exclusividade de serviço público concorrencial. Outra razão alegada seria a de que o ato normativo proíbe o aumento de emissões de loterias, ficando os bilhetes limitados às quantidades e às séries em vigor há mais cinquenta anos – data da promulgação do mencionado Decreto-Lei.

Anota que a loteria do estado do Rio de Janeiro (LOTERRJ), autarquia estadual vinculada à Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico, iniciou suas atividades em momento anterior à legislação ora questionada, em 1940.

Sustenta que o Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula Vinculante 2, apenas reconheceu a competência legislativa exclusiva da União para legislar sobre loterias, mas não apreciou o regime de exploração das loterias e a competência político-administrativa dos Estados.

Expõe, ademais, que a atuação da Secretaria de Acompanhamento Econômico do então Ministério da Fazenda (SEAE/MF), atualmente denominada *Secretaria de Avaliação, Planejamento, Energia e Loteria*,

ADPF 492 / RJ

subordinada à *Secretaria Especial de Fazenda* do Ministério da Economia, vem aplicando os dispositivos impugnados com a finalidade de constranger os Estados-membros, inclusive, às vias de paralisação das atividades. A interrupção imediata das atividades da LOTERJ, alega, implicaria perda de receitas líquidas e diretas estimadas em mais de 20 milhões por ano, sem nenhum meio de compensação em favor dos Estados. Pleiteia, ao final, o reconhecimento da não-recepção dos dispositivos impugnados do Decreto-Lei nº 204/1967 pela ordem constitucional em vigor.

A Presidência da República, por meio da Consultoria-Geral da União - AGU (ADPF 492 – eDoc. 82), apresentou informações. Afirma, em síntese, que a discussão não se trata de eventual *monopólio* da União, senão de um *privilégio*, a conferir exclusividade à União, nos moldes do que reconhecido aos Correios nos autos da ADPF 46-DF. Ressalta não ser possível falar em monopólio, visto não se cuidar de uma atividade econômica específica, bem como serem os serviços lotéricos estaduais permitidos nos limites da legislação.

Insurge-se a Presidência da República contra a alegação de *intervenção federal*, afirmando não ter o arguente utilizado o termo de forma técnica, confundindo-o com mero exercício do poder de polícia por órgãos federais. Em acréscimo, refuta qualquer violação ao pacto federativo, ressaltando que a conformação da prestação dos serviços de loterias, federal ou estadual, submete-se às restrições previstas em lei federal. Ressalta a competência da União de legislar em matéria penal e sistemas de consórcios e sorteios, o que, segundo as informações, já encontra respaldo normativo no Decreto-Lei nº 204, de 1967.

A Advocacia-Geral da União - AGU (ADPF 492 – eDoc. 84) manifestou-se, preliminarmente, pelo não conhecimento da Arguição pela ausência da assinatura do Governador do Estado na peça inicial da ADPF. No mérito, ressaltava a higidez das normas proibitivas da criação de novas

ADPF 492 / RJ

loterias estaduais e argumenta pela existência de *privilégio* do ente central (União) quanto à exploração dos serviços de loteria, destacando a natureza de *serviço público* e não de atividade econômica. Defende, com isso, ser incabível se falar em qualquer ofensa ao Art. 177 da CF/88. Menciona julgados do STF em que declaradas inconstitucionais legislações estaduais na temática de loterias e, por fim, reafirmam a atuação do então Ministério da Fazenda como exercício do poder de polícia. Pugna assim, no mérito, pela improcedência da ADPF.

A Procuradoria-Geral da República - PGR apresentou manifestação (eDoc. 89) em que, preliminarmente, aponta a ausência de assinatura do Governador do Estado na inicial e defende ser concedido prazo para que o Governador ratifique a propositura da arguição. Aduz a previsão constitucional, referendada por farta jurisprudência do STF, de que a competência para legislar sobre o sistema de consórcio e sorteios é da União. Da mesma forma, defende a natureza de *serviço público* das loterias e sua não sujeição ao Art. 177 da CF/88. Noticia a existência de projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional que visam à alteração da atual disciplina do tema. Ao final, manifestou-se pelo não conhecimento da ADPF 492 e, no mérito, pela improcedência do pedido.

Intimei o Governador do Estado do Rio de Janeiro (ADPF 492 – eDoc. 90) para sanar o vício apontado pela Advocacia-Geral da União e reafirmado pela PGR, o que foi atendido mediante reapresentação da petição inicial devidamente firmada pelo mandatário (ADPF 492 – eDoc. 92).

A ADPF 493, proposta pela Associação Brasileira de Loterias Estaduais – ABLE, igualmente questiona os artigos 1º, 32, *caput*, e 32, § 1º do Decreto-Lei n. 204/1967 (ADPF 493 – eDoc. 01).

Esclarece a arguente “*não se está aqui a tratar de modalidades de Loterias sem previsão na legislação federal, como foi o caso dos bingos, extirpados da*

ADPF 492 / RJ

esfera de competência legislativa estadual por força de decisões proferidas por este egrégio Supremo Tribunal Federal em sede de Ações Diretas de Inconstitucionalidade”.

Alega que a União estaria a dispensar um visível tratamento desigual aos Estados da Federação ao **permitir** a exploração de loterias pelos Estados de Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Santa Catarina, São Paulo, Goiás, Rondônia, Pará, Bahia, Piauí, Paraíba, Ceará e Pernambuco, enquanto **não a admite** aos Estados do Paraná, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Acre, Amazonas, Tocantins, Roraima, Maranhão, Rio Grande do Norte, Sergipe e Alagoas, além do Distrito Federal. Nesse sentido, ressalta a ocorrência de desrespeito ao *princípio do pacto federativo*.

Noticia inúmeras ações civis públicas movidas pelo Ministério Público, bem como procedimentos administrativos a cargo da União (então SEAE/MF), visando a imediata suspensão de atividades de loterias estaduais há muito consolidadas.

A arguente da ADPF 493 (ABLE) afirma que diversas normas, anteriores ao regime militar e mesmo posteriores à promulgação da Constituição de 1988, cuidaram do tema sem que fosse atribuído qualquer espécie de monopólio em favor da União (e.g.: Art. 53 do Decreto-Lei nº 3.688/41; Art. 26, § 1º, da Lei nº 8.212/91; e Art. 212, § 1º, do Decreto nº 3.048/99).

Ademais, a Associação Brasileira de Loterias Estaduais apresenta, na ADPF 493, praticamente as mesmas alegações tecidas pelo Governador do Rio de Janeiro em sua ação (ADPF 492) para demonstrar “o ferimento aos preceitos fundamentais do Princípio Federativo e da Isonomia entre os entes federativos (arts. 1º, 5º, 19 e 60, § 4º, I, da CF), bem ainda da delimitação constitucional de competências político-administrativa e residual dos Estados-Membros (art. 25, § 1º, da CF)”. Por fim, postula seja julgado procedente o seu pedido para que os Arts. 1º e 32, *caput* e § 1º, do DL nº 204/1967 sejam

ADPF 492 / RJ

declarados como não recepcionados pela Constituição Federal de 1988.

A Advocacia-Geral da União manifestou-se (APDF 493 – eDoc. 61), no mérito, tal como na ADPF 492. Esclareceu que o discutido não se trata de monopólio, como alegado pela arguente, já que o ordenamento jurídico brasileiro classifica a prestação de atividades lotéricas como serviço público, e não como atividade econômica em sentido estrito. Indica que os atos praticados pelo Ministério da Fazenda constituem exercício regular do poder de polícia pela União, o que não caracterizaria intervenção indevida no Rio de Janeiro. Afirma, também, que, nos termos do artigo 22, XX, da Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre a matéria). Por fim, manifestou-se pela improcedência da ADPF.

Da mesma forma, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se por meio de parecer em todo semelhante ao acostado ao autos da ADPF 492, para, no mérito, pugnar pela improcedência do pedido. (APDF 493 – eDoc. 65).

Deferi o pedido de ingresso do Estado de Minas Gerais e da Loteria do Estado de Minas Gerais no feito, bem como dos seguintes Estados: Acre, Amapá, Amazonas, Ceará, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Sergipe, Tocantins e Distrito Federal. Adicionalmente, deferi o ingresso da Loteria do Estado do Rio de Janeiro e de Hebara Distribuidora de Produtos Lotéricos S.A., todos na qualidade de *amici curiae*. (APDF 493 – eDoc. 60, 68, 79 e 99).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.986 foi proposta pelo Procurador-Geral da República contra os artigos 1º a 10 da Lei nº 8.651/2007, bem como contra os Decretos 273/2011 (alterado pelo Decreto 346/2011), 784/2011 e 918/2011, todos do Estado de Mato Grosso (ADI 4986 – eDoc. 0).

ADPF 492 / RJ

A Assembléia Legislativa do Estado do Mato Grosso (ADI 4986 – eDoc. 12) aduz que *“se o Estado assegura utilizar as mesmas normas federais que regem o tema, com adaptações de ordem mecânica ou administrativa, não há se falar em inconstitucionalidade, e sim em alterações legislativas oriundas da liberdade administrativa de cada Estado-membro organizar seus serviços”*. Assevera que a legislação impugnada nada mais fez do que atualizar ou adaptar a loteria daquele Estado (criada em 1953) à *evolução da vida moderna*. Pleiteia seja julgado improcedente o pedido declaratório de inconstitucionalidade.

O Governador do Estado do Mato Grosso ofereceu informações (ADI 4986 – eDoc. 18) em que ressalta a precedência da criação da loteria estadual às vedações e limitações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 204/1967. Assevera que a legislação estadual impugnada não criou serviço de loteria, mas apenas reativou a loteria criada em 1953 naquele Estado. Afirma não ter inovado nas modalidades de loterias exploradas, utilizando-se a mesma conceituação de modalidades adotada pela Caixa Econômica Federal. Ao final, pugna pela improcedência da ADI.

A AGU se manifestou (ADI 4986 – eDoc. 24) pela procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade, aduzindo argumentos já sintetizados acima.

A Procuradoria-Geral da República (ADI 4986 - eDoc. 25) se limitou a reportar às razões da Inicial da ADI e reafirmar seu pleito de procedência do pedido de inconstitucionalidade das normas impugnadas.

Adotei o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999 para as ADPFs 492 e 493, assim como para a ADI 4986.

É O RELATÓRIO.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 492

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

REQTE.(S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) : EMERSON BARBOSA MACIEL (12318/DF)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após a leitura do relatório e a realização de sustentação oral, o julgamento foi suspenso. Falou, pelo requerente, o Dr. Emerson Barbosa Maciel, Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Impedido o Ministro Roberto Barroso. Ausente, por motivo de licença médica, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 23.09.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Ausente, por motivo de licença médica, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Humberto Jacques de Medeiros.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 492

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

REQTE.(S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) : EMERSON BARBOSA MACIEL (12318/DF)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após a leitura do relatório e a realização de sustentação oral, o julgamento foi suspenso. Falou, pelo requerente, o Dr. Emerson Barbosa Maciel, Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Impedido o Ministro Roberto Barroso. Ausente, por motivo de licença médica, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 23.09.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Decisão: Após a realização de sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo interessado, o Ministro José Levi Mello do Amaral Júnior, Advogado-Geral da União; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Humberto Jacques de Medeiros, Vice-Procurador-Geral da República. Impedido o Ministro Roberto Barroso. Ausente, por motivo de licença médica, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 24.09.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Ausente, por motivo de licença médica, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Humberto Jacques de Medeiros.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

30/09/2020

PLENÁRIO

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 492 RIO DE JANEIRO

VOTO

Julgamento conjunto

ADPF 492, ADPF 493 e ADI 4.986

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Os autores das ADPFs 492 e 493 alegam, em síntese, a não recepção, pela Constituição Federal, dos artigos 1º, *caput*, e 32, *caput*, e §1º, do Decreto-Lei 204/1967.

Segundo afirmam, a norma proíbe a criação de loterias estaduais e prevê ser o referido serviço prestado exclusivamente pela União e insuscetível de delegação. Excetua, entretanto, as loterias estaduais existentes quando da publicação do referido Decreto-Lei, limitadas à quantidade de bilhetes e séries em vigor naquela data.

Os autores suscitam, inicialmente, a adequação da ADPF para impugnar norma editada anteriormente à Constituição Federal, tendo em vista a inexistência de outra ação constitucional de índole objetiva com aptidão para evitar ou reparar a lesividade aos preceitos fundamentais contidos nos arts. 1º; 18, 25; 37, *caput*; e 60, § 4º, da Constituição Federal.

No mérito, sustentam, sinteticamente, que a norma impugnada teria:

(i) violado a autonomia dos Estados e desestabilizado o Pacto Federativo, ao restringir a capacidade de estruturação e organização financeira desses entes em favor da União, impedindo a exploração de tal modalidade de serviço pelos Estados, com impacto negativo às suas economias e ao financiamento de ações sociais;

(ii) criado monopólio de serviço público concorrencial para a União, não previsto na Constituição Federal;

(iii) conferido tratamento diferenciado aos Estados que

ADPF 492 / RJ

possuíam loterias na data de 27.2.1967 (13 Estados, no total), em relação àqueles que não exploravam o serviço (12 Estados e o Distrito Federal) naquele marco temporal, com violação ao princípio da isonomia entre entes federativos.

Pugnam, assim, pelo reconhecimento de violação aos preceitos fundamentais invocados e pela declaração da não recepção dos arts. 1º, 32, *caput* e § 1º, do Decreto-Lei 204/67 pela Constituição Federal, garantindo-se aos Estados a competência político-administrativa para explorar os serviços lotéricos em seu território, observada a competência privativa da União para legislar sobre o tema.

Por sua vez, a ADI 4.986 busca infirmar legislação do Estado do Mato Grosso, que versa sobre a exploração dos serviços lotéricos em âmbito estadual.

1 – Do cabimento da ADPF para impugnar preceito normativo pré-Constitucional. Observância ao princípio da subsidiariedade.

No que se refere à admissão da ADPF para discutir a recepção, pela Constituição Federal, dos artigos 1º, *caput*, e 32, *caput* e § 1º, do Decreto-Lei 204/1967, verifico preenchido o requisito da subsidiariedade, previsto no art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999, o qual impõe ao conhecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental a condição de não haver outro meio eficaz de sanar a lesividade.

Em outras oportunidades, destaquei que, à primeira vista, poderia parecer que, somente na hipótese de absoluta inexistência de outro meio eficaz a afastar a eventual lesão, seria possível manejar, de forma útil, a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

É fácil ver que uma leitura excessivamente literal dessa disposição, que tenta introduzir entre nós o princípio da subsidiariedade vigente no Direito alemão (recurso constitucional) e no Direito espanhol (recurso de amparo), acabaria por retirar desse instituto qualquer significado prático.

De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia

ADPF 492 / RJ

ser proposta se já se tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes para afastar a lesão no âmbito judicial. Uma leitura mais cuidadosa há de revelar, porém, que, na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo, deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva.

Em outros termos, o princípio da subsidiariedade, na inexistência de outro meio eficaz para sanar a lesão, há de ser compreendido no contexto da ordem constitucional global.

Nesse sentido, caso se considere o caráter enfaticamente objetivo do instituto (o que resulta, inclusive, da legitimação ativa), o meio eficaz de sanar a lesão parece ser aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata.

No direito alemão, a *Verfassungsbeschwerde* (recurso constitucional) está submetida ao dever de exaurimento das instâncias ordinárias. Todavia, a Corte pode decidir de imediato um recurso constitucional caso fique demonstrado que a questão é de interesse geral ou que o requerente poderia sofrer grave lesão se recorresse à via ordinária (Lei Orgânica do Tribunal, § 90, II).

No que concerne ao controle de constitucionalidade de normas, a posição da Corte alemã tem-se revelado enfática: *“apresenta-se, regularmente, como de interesse geral a verificação sobre se uma norma legal relevante para uma decisão judicial é inconstitucional”*. (Cf. BVerfGE, 91/93 [106])

No caso brasileiro, o pleito a ser formulado pelos órgãos ou entes legitimados dificilmente versará, pelo menos de forma direta, sobre a proteção judicial efetiva de posições específicas por eles defendidas. A exceção mais expressiva reside, talvez, na possibilidade de o Procurador-Geral da República, como previsto expressamente no texto legal, ou qualquer outro ente legitimado, propor a arguição de descumprimento a pedido de terceiro interessado, tendo em vista a proteção de situação específica.

Ainda assim, o ajuizamento da ação e sua admissão estarão vinculados, muito provavelmente, ao significado da solução da

ADPF 492 / RJ

controvérsia para o ordenamento constitucional objetivo, e não à proteção judicial efetiva de uma situação singular.

Desse modo, considerando o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou a ação declaratória de constitucionalidade ou, ainda, a ação direta por omissão, não será admissível a arguição de descumprimento.

Assim, é fácil ver também que a fórmula da relevância do interesse público para justificar a admissão da arguição de descumprimento (explícita no modelo alemão) está implícita no sistema criado pelo legislador brasileiro, tendo em vista especialmente o caráter marcadamente objetivo que se conferiu ao instituto.

Essa leitura compreensiva da cláusula da subsidiariedade constante no art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99 parece solver, com superioridade, a controvérsia em torno da aplicação do princípio do exaurimento das instâncias.

No caso, entendo altamente relevante a matéria constitucional ora submetida ao Plenário desta Corte, tendo em vista discutir questões atinentes ao princípio federativo, mais explicitamente, às regras estruturantes da organização político-administrativa do Estado brasileiro referentes à repartição constitucional de competências.

Parece estarmos diante de quadro em que se faz necessária resposta rápida e uniforme a respeito da matéria objeto destas ações de controle concentrado, para que se decida, de forma geral, definitiva e abstrata, sobre a (in)constitucionalidade dos artigos 1º, *caput*, e 32, *caput*, e § 1º, do Decreto-Lei 204/1967 frente à Constituição de 1946, ou sobre sua recepção pela Constituição Federal de 1988, com os reflexos inerentes à exploração da atividade lotérica pelos Estados.

2 – Breve histórico legislativo da exploração de loterias no Brasil

ADPF 492 / RJ

Inicialmente, reputo oportuno fazer um breve apanhado da história legislativa da exploração das atividades lotéricas no ordenamento pátrio. A primeira legislação que consolidou o regime jurídico das loterias nacional, o Decreto 21.143, de 10 de março de 1932, assentou que “**são consideradas como serviço público** as loterias concedidas **pela União e pelos Estados**” (art. 20) (grifo nosso). Referido dispositivo previa, portanto, não só a natureza de serviço público dessas atividades, mas também a possibilidade de exploração tanto no plano federal quanto no plano estadual.

Destaca-se que, desde essa primeira legislação geral, a exploração material da atividade pelos Estados era compatibilizada com uma moldura jurídica nacional que fixava os elementos essenciais da exploração do serviço. O diploma, nesse aspecto, definia que “*as loterias estaduais só poderão ser concedidas sob a condição expressa de se subordinarem em tudo às disposições deste decreto, sob pena de rescisão de seus contratos, que será declarada pelo Governo Federal, independente de ação direta e de interpelação*” (art. 18).

Em 1941, uma nova reforma na legislação foi realizada com a edição do Decreto-Lei 2.980, de 24 de janeiro. O diploma manteve inalterado o enquadramento do serviço de loteria como serviço público, atribuído tanto à execução da União quanto à execução dos Estados. A novidade, no entanto, foi a expressa autorização da exploração indireta, prevendo-se 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. 2º) (grifos nossos).

É curioso notar que, no mesmo ano dessa reforma que possibilitou a exploração de loterias pelo regime de concessão, foi editada a Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei 3.688, de 3 de outubro de 1941). Esse diploma, ainda vigente, definia como contravenção o ato de “*promover ou fazer extrair loteria, **sem autorização legal***” (art. 51) (grifo nosso).

Ainda na década de 1940, uma nova legislação harmonizou o regime jurídico da exploração das loterias com o sistema repressivo-penal. O Decreto 6.259, de 10 de fevereiro de 1944, com redação posteriormente

ADPF 492 / RJ

dada pela Lei 3.346, de 17.12.1957, passou a vincular a derrogação penal à autorização direta da União ou, no caso dos Estados, à expedição de um decreto de ratificação (art. 3º).

Esse delineamento geral da exploração de loterias pelo Estado e pela União foi apenas parcialmente alterado em 1961 quando a União, por força do Decreto 50.954, de 1º de julho, optou por assumir diretamente a exploração da loteria federal, extinguindo a modalidade de concessão. O serviço passou então a ser desempenhado pelo Conselho Superior das Caixas Econômicas, em colaboração com as Caixas Econômicas Federais, por intermédio da Administração do Serviço da Loteria Federal (arts. 2º e 3º).

Após a instauração do Regime Militar, foi expedido o Decreto-lei impugnado nas ADPF ora em julgamento. O Decreto-Lei 204, editado sob a égide do Ato Institucional 4 representou verdadeira reversão do percurso histórico ao fixar, no seu art. 1º que *“A exploração de loteria, como derrogação excepcional das normas do Direito Penal, constitui serviço público exclusivo da União não suscetível de concessão e só será permitida nos termos do presente Decreto-lei”*.

É oportuno observar que o próprio Decreto-Lei 204 manteve vigente o diploma legal anterior, o Decreto-Lei 6.259/1944, naquilo que não lhe fosse contraditório, quanto às loterias estaduais já criadas. Ou seja, o diploma previu verdadeira norma de transição para manter as loterias estaduais já existentes, sem revogar *in totum* a legislação pretérita:

“Art 32. Mantida a situação atual, na forma do disposto no presente Decreto-lei, não mais será permitida a criação de loterias estaduais.

§ 1º As loterias estaduais atualmente existentes não poderão aumentar as suas emissões ficando limitadas às quantidades de bilhetes e séries em vigor na data da publicação dêste Decreto-lei.

§ 2º A soma das despesas administrativas de execução de todos os serviços de cada loteria estadual não poderá ultrapassar de 5% da receita bruta dos planos executados.

ADPF 492 / RJ

Art 33. No que não colidir com os termos do presente Decreto-lei, as loterias estaduais continuarão regidas pelo Decreto-lei nº 6.259, de 10 de fevereiro de 1944.

Essa breve retomada histórica permite-nos observar que, desde a primeira consolidação legislativa federal sobre a matéria, **sempre foi aceita juridicamente a convivência legal da exploração das loterias pela União e pelos Estados**.

Como asseverado com clareza por **CAIO TÁCITO**, em parecer sobre a matéria, *“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 da eficácia ao seu território e o requisito formal de ratificação, pela autoridade federal, em face do regime de exploração por concessionários”* (TÁCITO, Caio. Loterias Estaduais (criação e regime jurídico). Pareceres. **Revista de Direito Público**, 1985, p. 76).

É de se notar que, mesmo quando a União optou, em 1961, por restringir a exploração de loterias à modalidade direta no âmbito federal, permaneceu lícita a exploração de loterias pelos Estados, inclusive por meio de delegação.

Percebe-se assim que, durante mais de trinta anos, ainda que a União tenha assumido a edição de leis gerais sobre o tema, a legislação federal não se furtou a reconhecer a competência material dos Estado de explorar o serviço público.

O ponto de inflexão da matéria é saber se estava ao alcance do legislador ordinário reverter a tradição de exploração concomitante federal e estadual dos serviços de loteria. O exame dessa questão perpassa invariavelmente pelo desvendamento da natureza jurídica da exploração da atividade lotérica.

3 – Natureza jurídica da atividade lotérica como serviço público

Os embates sobre a natureza jurídica das atividades lotéricas são tradicionalmente explorados na doutrina e na jurisprudência pátria a partir da dicotomia tradicional do Direito Econômico, que segrega o

ADPF 492 / RJ

regime das chamadas atividades econômicas em sentido estrito daquele atribuído aos chamados serviços públicos.

Renomados publicistas brasileiros como os professores CAIO TÁCITO, GERALDO ATALIBA, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, HELY LOPES MEIRELLES, CARLOS ARI SUNDFELD e LUÍS ROBERTO BARROSO há décadas insistem no enquadramento das loterias como **serviço público em sentido formal**.

Como se sabe, há poucos embates doutrinários mais tortuosos no Direito Público do que o de delimitar com precisão o conceito de serviço público. O ceticismo em relação à simples possibilidade de se chegar a uma conceituação é o que faz a doutrina preferir falar tão somente de uma “noção de serviço público”. Daí porque ainda ressoa tão atual e precisa a lição de BERNARD CHENOT de que *“a definição do serviço público é o exemplo mais claro de uma dessas noções ditas fundamentais cujo conteúdo só pode ser precisado em breves períodos de tempos e cujos contornos começam a se quebrar com as contradições das leis e das decisões jurisprudenciais”* (BERNARD, Chenot. *L'Existentialisme et le Droit*. In: *Revue française de science politique*, 3^e année, n 1, 1953. p. 60).

Sabe-se que a Tradição da Escola de Bordeaux, do início do século passado, ainda vinculava a identificação dessas atividades à noção de interdependência social. A definição clássica de LÉON DUGUIT considerava como serviço público *“toda atividade cujo cumprimento deve ser regulado, assegurado e fiscalizado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social, e de tal natureza que só possa ser assegurado plenamente pela intervenção da força governante”* (tradução livre). (DUGUIT, Léon. *Las transformaciones generales del derecho*. Buenos Aires: Heliasta, 2001, p. 36).

Essa perspectiva essencialista ainda parece exercer influência na doutrina nacional, qual refletido em obras como as de juristas do calibre de EROS ROBERTO GRAU e de RUI CIRNE LIMA. Apesar de a jurisprudência desta Corte não ter enfrentado em maior profundidade a natureza jurídica das atividades lotéricas, no julgamento da ADI 2.847, parece ter prevalecido a ideia de que essas atividades não poderiam ser

ADPF 492 / RJ

consideradas serviço público justamente por faltar a elas esse elemento da interdependência social.

A despeito da influência dessa noção essencialista, porém, o Direito Administrativo brasileiro contemporâneo herda, na sua literatura majoritária, as contribuições de GASTON JÈZE sobre a necessidade de se retirar o subjetivismo deste conceito.

A principal consequência da rejeição à ideia subjetiva de serviço público consiste em deslocar o núcleo de identificação dessas atividades da ideia de interdependência social para a análise do próprio regime jurídico conformador da exploração econômica.

Nas lições clássicas de JÈZE: *“todas as vezes que se está diante de um serviço público propriamente dito, constata-se a existência de regras jurídicas especiais, que têm por objeto facilitar o funcionamento regular e contínuo do serviço público, de dar a mais rápida e completa possível satisfação às necessidades de interesse público”* (tradição livre) (JÈZE, Gaston. **Les principes généraux du droit administratif**. Paris: M. Giard e E., Brière, 1914, p. 241-242).

Assim, com base na chamada perspectiva formalista ou legalista, **o que define o serviço público não é a avaliação subjetiva da relevância social da atividade, mas antes o próprio regime jurídico de direito público ou privado que lhe é correlato**. Em outras palavras, o que importa analisar é a definição legal e regulamentar que delimita o regime jurídico especial de direito público (JÈZE, Gaston. **Les principes généraux du droit administratif**. Paris: M. Giard e E., Brière, 1914, p. 247).

A influência da vertente formalista na conformação de um conceito brasileiro de serviço público foi materializada, principalmente, na obra clássica do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI. Fortemente inspirado na obra de GASTON JÈZE, o insigne publicista brasileiro não hesita em fixar que *“o essencial no serviço público é o regime jurídico a que obedece, a parte que tem o Estado na sua regulamentação, no seu controle, os benefícios e os privilégios de que goza, o interesse coletivo a que visa atender”*. (CAVALCANTI, Themistocles

ADPF 492 / RJ

Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 59).

No contexto da Constituição Federal de 1988, a doutrina acolhe esse posicionamento ao alinhar que *“nem todos os serviços públicos estão previstos na Constituição, podendo ser criados por lei novos serviços públicos que instrumentalizem a realização de finalidades cometidas pela Constituição aos Entes da federação, sendo que, no caso dos Estados-membros e Municípios esta possibilidade é ainda maior em razão da competência subsidiária daqueles (art. 25, § 1º) e da abertura da Constituição ao atribuir a estes os serviços públicos ‘de interesse local’ (art. 30, V)”* (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 249).

Transladando esse parâmetro para a discussão enfrentada nessas ações de controle abstrato é que a doutrina enquadra as loterias como típicas atividades de serviço público. Desde 1932, como visto, o legislador não hesita em atribuir um regime jurídico de Direito Público a essas atividades. A previsão consta ainda expressamente do Decreto-Lei 6.259/44 e do próprio Decreto-Lei 204/67, que é discutido nestas ações de controle abstrato.

Por esse motivo, parece-nos, no todo, acertada a afirmação do Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, em artigo doutrinário, ao confirmar que *“no que se refere à natureza jurídica da atividade lotérica, legem habemus”*. De acordo com Sua Excelência: *“É possível afirmar, assim, em linha de coerência com a posição doutrinária prevalente, que no Brasil a atividade de exploração de loterias é qualificada desde muito tempo, e até o presente, como serviço público”* (BARROSO, Luís Roberto. op. Cit., p. 264).

Um corolário do enquadramento da exploração lotérica enquanto serviço público é a possibilidade de o legislador autorizar a prestação deste serviço público na modalidade indireta, por meio de concessão ou permissão. Isso porque a Constituição Federal de 1988 estabeleceu como cláusula genérica, no art. 175, que *“incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”*.

Assim, desde que observado o princípio da licitação, é lícito que o

ADPF 492 / RJ

legislador abra a possibilidade de exploração das loterias por meio de concessão ou permissão. Esta opção, como visto, foi exercida pelo legislador ordinário na década de 1940, quando se passou a permitir a **exploração do serviço de loteria a concessionários** de comprovada idoneidade moral e financeira, nos termos do art. 2º do Decreto-Lei 2.980, de 24 de janeiro, de 1941.

Ressalte-se que, ainda hoje, no âmbito dos estados remanescentes, o diploma legal aplicável, o Decreto-Lei 6.259/1944 continua a permitir a concessão de atividade lotérica tanto no âmbito da União quanto no âmbito dos Estados. Sobre o assunto, confira-se doutrina de **GUSTAVO HENRIQUE JUSTINO DE OLIVEIRA**, para quem:

“Conforme restou acima assinalado, ainda que críticas possam ser feitas quanto à opção legislativa brasileira em qualificar a atividade lotérica desempenhada pelo Estado como um serviço público, sem detrimento dos fundamentos juspolíticos expostos anteriormente, é necessário perquirir se tal atividade comportaria ser explorada indiretamente pelo Estado. Com efeito, o ‘Poder Concedente’ da atividade lotérica pode delegar sua execução, total ou parcial, aos particulares, por intermédio dos contratos de concessão e permissão de serviços públicos, na forma em que estão disciplinados na Lei Federal nº 8987/95. Se efetivamente se trata de ‘serviço público’, os jogos lotéricos porventura instituídos pelos Estados podem ser objeto de delegação contratual a empresas interessadas em sua exploração. Claro está que, em virtude do disposto no caput do art. 175 da Constituição de 1988, esta delegação haverá de ser precedida de processo licitatório, cujas regras são aquelas estipuladas pela Lei Federal nº 8987/95”. (OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **Parcerias público-privadas nos serviços de loterias estaduais**. A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional, v. 3, n. 12, p. 175-192, 2007.)

Uma vez definida como premissa deste voto a ideia de que as

ADPF 492 / RJ

atividades lotéricas são serviços públicos, o que cumpre investigar no presente julgamento é se o Decreto-Lei 204/1967, ao restringir a exploração de loterias à União, resultou, ou não, em inconstitucionalidade. Em outros termos: o que discutimos é se a legislação ordinária federal pode restringir a titularidade de um serviço público a tal ou qual ente federativo, na ausência de resposta constitucional expressa.

4 – Da não recepção da exclusividade federal prevista no Decreto-Lei 204 pela Constituição Federal de 1988

A questão ora apresentada não surgiu com o advento da Constituição Federal de 1988, uma vez que, já sob a égide da antiga Constituição de 1946, vigente quando da edição do Decreto-Lei 204/67, o texto constitucional também não atribuía exclusivamente à União o exercício das atividades lotéricas ou a exploração de concursos de prognósticos ou sorteios (art. 5º). Tampouco a Emenda Constitucional de 1969 previu a competência privativa da União sobre a matéria. Reservavam-se aos Estados todos os poderes que, implícita ou explicitamente, não lhes eram vedados pela Constituição.

As Constituições que se seguiram, de 1967 e a EC 1/69, mantiveram previsão semelhante, sem ressaltar eventual competência material da União para exploração dessas atividades.

Menciono, porque relevante, que o referido Decreto-Lei 204/67 foi elaborado em contexto de exceção e teve por fundamento jurídico o parágrafo 2º do art. 9º do Ato Institucional 4/66, que convocava extraordinariamente o Congresso Nacional para discussão, votação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo então Presidente da República, **HUMBERTO CASTELLO BRANCO**, que culminou com a Constituição de 1967, e que citava expressamente o art. 30 do Ato Institucional 2/65, editar decretos-leis sobre matéria de segurança nacional. O referido dispositivo possuía a seguinte redação:

“O Presidente da República, na forma do art. 30 do Ato

ADPF 492 / RJ

Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, poderá baixar Atos Complementares, bem como decretos-leis sobre matéria de segurança nacional até 15 de março de 1967.

(...) § 2º Finda a convocação extraordinária e até a reunião ordinária do Congresso Nacional, o Presidente da República poderá expedir decretos com força de lei sobre matéria administrativa e financeira”.

Nos considerandos do Decreto-Lei 204/67, ressaltou-se que sua motivação teve como objetivo a salvaguarda da integridade da vida social e o impedimento do surgimento e proliferação de jogos proibidos, suscetíveis de atingir a segurança nacional. Destacou-se, ainda, que a exploração de loteria constituir-se-ia exceção às normas de direito penal, só sendo admitida para a redistribuição de seus lucros com finalidade social. Mencionou-se que todo indivíduo tem direito à saúde e que é dever do Estado assegurar esse direito e que os problemas de saúde constituem matéria de segurança nacional.

Ressaltando a grave situação financeira das Santas Casas de Misericórdia e de outras instituições hospitalares, médicas e científicas, e a competência da União para legislar sobre o assunto, decretou-se que a referida atividade constitui serviço público exclusivo da União, não suscetível de concessão e permitida apenas nos termos e limites definidos naquele Decreto-Lei.

Assim, considerando tal contexto constitucional, o questionamento que se faz pertinente, tanto em relação à ordem constitucional anterior quanto à ordem constitucional atual, é se houve violação à competência material dos Estados ao se restringir o serviço público de loterias à titularidade da União. Essa resposta, a meu ver, parece ser positiva.

Talvez nenhum texto jurídico resplandeça com maior clareza esse tema do que o parecer de lavra do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal **OSWALDO TRIGUEIRO**, datado de 1985.

Ao recuperar as raízes da tradição federativa na nossa história republicana, Trigueiro recorda ter-se assentado entre nós, como pedra angular do federalismo, a lógica constante do art. 65, § 2º, da Carta

ADPF 492 / RJ

Constitucional de 1891, ao dispor que “*É facultado aos Estados em geral todo e qualquer poder ou direito que lhes não for negado por clausula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição*” (TRIGUEIRO, Oswaldo. **Loteria Estadual**. Revista de Direito Público nº 76, de 1985, p. 38-39). Ao comentar a referida regra, TRIGUEIRO recorre às lições de clássicos como JOÃO BARBALHO UCHÔA CAVALCANTI, que assevera com clareza que:

“O plano da Constituição federal é o estabelecimento de um governo geral, a cujo cargo ficam os negócios de ordem nacional; com tal propósito, do complexo de poderes que entram na esfera do governo de uma nação, separou ela os que têm aquele caráter e, para enfeixa-los na mão da autoridade central que criou para exercê-los (governo federal), teve que especificar designadamente tais poderes e declará-los inerentes à União. Os demais poderes, que não entram no número desses assim separadas, evidentemente escapam à competência federal, ficam todos com os Estados” (BARBALHO, João. **Constituição Federal Brasileira: 1891, [comentada]**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002. p. 272).

De fato, **quando quis o constituinte atribuir com exclusividade à União a prestação de determinados serviços públicos, isso foi feito de forma expressa**. É o que se extrai, por exemplo, da literalidade dos incisos X, XI e XII do art. 21 da CF/88:

Art. 21. Compete à União:

X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

ADPF 492 / RJ

- a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;
- b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;
- c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;
- d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;
- e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;
- f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

Aqui, a propósito, abro um parêntese para aclarar uma das teses trazidas pelos autores da ADPF e pela própria União, na condição de interessada. A rigor, o que está em discussão é saber se o texto constitucional conferiu ou não à União um regime de **privilégio** na exploração do serviço público de loterias. Por isso, não se revela tecnicamente adequado o argumento trazido de que a União não teria direito à exploração das loterias porque ausente tal previsão no art. 177 do texto constitucional.

Como amplamente sabido da doutrina e da própria jurisprudência desta Corte, o art. 177 da Constituição Federal de 1988 trata tão somente do **monopólio** na **exploração de atividades econômicas em sentido estrito** e não do chamado regime de privilégio na exploração de serviços públicos. Logo, a rigor, a análise do rol taxativo do art. 177 é de certa maneira irrelevante para a discussão jurídica ora enfrentada.

Por outro lado, também carece de tecnicidade a argumentação trazida pela União de que o presente caso se aproximaria à discussão sobre o privilégio da União na exploração dos serviços de correios e telégrafos.

É que, embora os serviços de correios e de telégrafos sejam considerados serviços públicos à semelhança das atividades lotéricas, o regime de privilégio em relação aos serviços de correio e telégrafo só foi

ADPF 492 / RJ

considerado compatível com a CF/88 por este STF no paradigmático julgamento da ADPF 46 porque ali entendeu esta Corte que **o art. 21, inciso X, atribuía a prestação da atividade à União**. Aliás, tal inteligência pode ser colhida da mera leitura da ementa do acórdão:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. EMPRESA PÚBLICA DE CORREIOS E TELEGRÁFOS. PRIVILÉGIO DE ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIAS. SERVIÇO POSTAL. CONTROVÉRSIA REFERENTE À LEI FEDERAL 6.538, DE 22 DE JUNHO DE 1978. ATO NORMATIVO QUE REGULA DIREITOS E OBRIGAÇÕES CONCERNENTES AO SERVIÇO POSTAL. PREVISÃO DE SANÇÕES NAS HIPÓTESES DE VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL. COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL VIGENTE. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 1º, INCISO IV; 5º, INCISO XIII, 170, CAPUT, INCISO IV E PARÁGRAFO ÚNICO, E 173 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E LIVRE INICIATIVA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. ARGUIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO CONFERIDA AO ARTIGO 42 DA LEI N. 6.538, QUE ESTABELECE SANÇÃO, SE CONFIGURADA A VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL DA UNIÃO. APLICAÇÃO ÀS ATIVIDADES POSTAIS DESCRITAS NO ARTIGO 9º, DA LEI.

1. O serviço postal --- conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado --- não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público.

2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos

ADPF 492 / RJ

serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar.

3. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [artigo 20, inciso XI].

4. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo decreto-lei n. 509, de 10 de março de 1.969.

5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado.

6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal.

7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade.

8. Argüição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria. O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 42 da Lei n. 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º desse ato normativo.

(ADPF 46, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Redator(a) p/ Acórdão: EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-01 PP-00020 RTJ VOL-00223-01 PP-00011)

Aplicando-se a *ratio decidendi* da ADPF 46 à discussão das loterias, o que se deve perquirir é justamente se, à semelhança do que ocorre com os correios e telégrafos, o texto constitucional em algum momento atribui à

ADPF 492 / RJ

União a exploração ou ao menos o dever de manutenção das atividades lotéricas. A resposta é absolutamente negativa.

Dentro dessa lógica, o desvendamento da controvérsia em tela perpassa somente verificar, tanto em relação ao texto constitucional pretérito quanto em relação à Carta vigente, se existe alguma vedação – implícita ou explícita – à exploração das loterias pelos Estados.

Quando da edição do Decreto-Lei 204, de 27 de fevereiro de 1967, encontrava-se ainda vigente a Constituição de 1946. Seu texto continha ainda a fórmula clássica de que *“aos Estados se reservam todos os poderes que, implícita ou explicitamente, não lhes sejam vedados por esta Constituição”* (art. 18, § 1º). Não se continha nas atribuições da União qualquer referência às atividades lotéricas.

A Constituição de 1967, posterior ao Decreto-Lei 204, também manteve a lógica, prevendo no seu art. 13, § 1º, que *“cabem aos Estados todos os poderes não conferidos por esta Constituição à União ou aos Municípios”*. Diante desse arco normativo constitucional é que o parecer do ex-ministro **OSWALDO TRIGUEIRO**, de 1985, resolveu a questão afirmando que:

"A Constituição não impede o funcionamento da loteria estadual. Primeiro, porque não atribui esse serviço à União, com exclusividade. Segundo, porque não proíbe de forma expressa, ou simplesmente implícita, a existência das loterias estaduais. (...) Se a União pudesse, por lei ordinária, tornar exclusivo um serviço público que a Constituição não proíbe aos Estados, a autonomia destes estaria reduzida a letra morta; a legislação comum poderia aumentar desmedidamente a área de competência federal, estabelecendo a exclusividade da maioria dos serviços públicos concorrentes ou de exclusividade estadual". (TRIGUEIRO, Oswaldo. **Loteria Estadual**. Revista de Direito Público nº 76, de 1985, p. 38-39).

Outra não foi senão a fórmula adotada pela Constituição Federal de 1988 ao dispor, no seu art. 25, § 1º, que *“são reservadas aos Estados as*

ADPF 492 / RJ

competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição". Sob o pálio da manutenção tradicional dessa pedra de toque do constitucionalismo republicano brasileiro, não vejo como uma lei federal possa restringir a competência material de exploração de serviço público a determinado ente, sob pena de violação dos pilares do nosso federalismo. Essa mesma conclusão, ressalte-se, foi alinhavada pelo eminente Ministro **LUÍS ROBERTO BARROSO**, em parecer sobre a matéria, ao dispor que:

“Não estando o serviço público de loterias previsto dentre as atividades econômicas (CF, art. 177) e serviços públicos (art. 21, X, XI e XII) reservados expressamente à União pela Constituição da República – não há que se cogitar de monopólio federal sobre ele. Note-se que é despicienda qualquer consideração sobre os motivos que possam ter justificado a edição do Decreto-lei 204/67 - como se fazia necessário à luz da ordem constitucional pretérita - de vez que, presentemente, a legislação infraconstitucional simplesmente não está autorizada a criar monopólios de atividades econômicas ou de serviços públicos”. (BARROSO, Luis Roberto. **Loteria - Competência estadual - Bingo**. Revista de Direito Administrativo, v. 220, n. 0, p.262–277, 2000. p. 269).

Assim, parece-me indene de dúvidas que não pode uma legislação federal impor a qualquer ente federativo restrição à exploração de serviço público para além daquelas já previstas no texto constitucional.

A obviedade desse entendimento, no entanto, titubeia com o caráter longínquo do debate sobre a constitucionalidade das lotéricas estaduais. Sendo tão simples a impossibilidade de lei impor reserva à exploração de serviço público, por que, afinal, o repositório do Supremo Tribunal Federal é permeado por decisões em sentido contrário?

Aqui fixo talvez a principal contribuição do presente voto: devemos reconhecer que a jurisprudência do STF tem-se limitado nos últimos anos

ADPF 492 / RJ

a discutir a **competência legislativa** para regulamentar as atividades de loteria. O presente caso, todavia, exige-nos uma disjuntiva: não estamos aqui discutindo se a competência para legislar sobre os sistemas lotéricos é da União ou dos Estados. Estamos a discutir a **competência administrativa – material** – de execução de um serviço público. Esse *distinguishing* é a janela hermenêutica que nos permite revisitar o tema.

Nesse quadrante, **não se pode inferir do texto constitucional a possibilidade de a União, por meio de legislação infraconstitucional, excluir outros Entes Federativos da exploração de atividade econômica (serviço público) autorizada pela própria Constituição.**

Isso se dá não só porque tal realidade cria um desequilíbrio em seu próprio benefício, não autorizado pelo art. 19, III, da Constituição Federal de 1988, mas também em razão de a Constituição não lhe ter atribuído essa autoridade.

Primeiro porque, como já dito, a Constituição não atribui à União essa exclusividade e, segundo, porque não proibiu expressa ou implicitamente o funcionamento de loterias estaduais. Esse cenário atrai a competência residual dos Estados, materializada no art. 25, § 1º, da CF/88, como dito.

Tal dispositivo reserva aos Estados os poderes residuais a eles não vedados pela própria Constituição, preservando, em sua teleologia, a essência da forma federativa de Estado, que se traduz na descentralização do gerenciamento das atividades essencialmente públicas.

Revela a convivência harmoniosa que se espera na relação entre o poder central e os poderes estaduais, aos quais é conferida a competência para criar e administrar seus serviços públicos, conforme sua própria decisão política, com exceção daqueles que lhes são constitucionalmente vetados ou que são conferidos, explícita ou implicitamente, aos Municípios.

Assim, configura-se, a meu ver, verdadeiro abuso da competência de legislar, quando a União vale-se do art. 22, inciso XX, para excluir todos os demais entes federados, da arrecadação que deles provém, ou para restringi-la de forma irrazoável e anti-isonômica, impedindo o acesso a

ADPF 492 / RJ

recursos cuja destinação é, pelo texto constitucional, direcionada à manutenção da seguridade social, nos termos do art. 195, III, da CF/88 e, ao menos em nível federal, também aplicados no financiamento de programas na área social e comunitária.

Nesse diapasão, o Decreto-Lei 204/1967, que deveria disciplinar o poder dos Estados de explorarem as modalidades de sorteio admitidas, ao vetar-lhes tais atividades, viola a autonomia desses entes por restringir, mediante norma infraconstitucional, a esfera de competência material estadual residual, sem amparo constitucional. Frise-se que, onde houver competência estadual, seja para a prestação de serviço público, seja para exploração de atividade econômica, não se admite à União esvaziar essa competência, ao tornar criminosa atividade legitimada pela própria Constituição.

A situação anti-isonômica se torna ainda mais patente quando, compulsada a norma que a sustenta, ou seja, o Decreto-Lei 204/1967, verifica-se a possibilidade de exploração dos serviços lotéricos por alguns Estados, ao passo que são de prestação proibida a outros.

Nunca é demasiado lembrar que distinções entre os entes federados são toleradas, desde que previstas no texto constitucional, mas nunca em norma infraconstitucional. A título de exemplo, mencione-se a permissão dada pelo texto constitucional à manutenção dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios existentes ao tempo da promulgação da Constituição, ao passo que vedou a criação de novas Cortes de Contas municipais (Art. 31, § 4º, da CF/88).

Apenas para explorar o argumento, ainda que se considere recepcionado o referido Decreto-Lei, conferindo-se competência privativa à União para explorar a atividade lotérica, haveria nítido processo de inconstitucionalização diante da mudança fática que afeta a norma. A uma, porque não mais existe a justificativa pela qual a referida norma foi criada (os considerandos veiculados no Decreto-Lei 204/1967 ou não mais subsistem, ou adquiriram nova significação na ordem constitucional vigente); a duas, o momento atual evidencia grave crise institucional que afeta as receitas e, conseqüentemente, o equilíbrio orçamentário dos

ADPF 492 / RJ

Estados.

A implantação ou retomada da exploração desses serviços pelos entes federados subnacionais constituirão, portanto, importante fonte de recursos para a superação de contingências financeiras contemporâneas, além de constituir, em última análise, importante reforço aos recursos da seguridade social (Art. 195, III, da CF/88).

Assim, o silêncio normativo da União apenas a beneficia, ao manter a destinação exclusiva desses recursos ao ente federal, o que não é desejável em termos federativos, quando tal situação retira dos Estados significativa fonte de receita.

5 – Improriedade da colocação do tema sob a ótica da competência legislativa

Ainda que a argumentação até aqui lograda não bastasse em si, considero oportuno esclarecer que o entendimento aqui firmado não se destoa frontalmente da jurisprudência desta Corte.

O STF, em reiteradas decisões, de fato tem declarado a inconstitucionalidade de leis estaduais que tratam sobre loteria ao reafirmar a competência **legislativa privativa** da União dispor sobre a matéria. Esse entendimento, aliás, restou placitado na edição da Súmula Vinculante 2, segundo a qual “*É inconstitucional a lei ou ato normativo Estadual ou Distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias*”.

Cito, a propósito, precedentes desta Corte advindos de 14 (quatorze) Estados federais sobre o tema: ADI 3.630/DF, Rel. Min. Edson Fachin, Dje 13.9.2017; ADI 3.148-ED/TO, Rel. Min. Celso de Mello, Dje 29.9.2011; ADI 3.895/SP, Rel. Min. Menezes Direito, Dje 29.8.2008; ADI 2.950/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Dje 1º.2.2008; ADI 3.060/GO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Dje 1º.6.2007; ADI 3.277/PB, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Dje 25.5.2007; ADI 3.293/MS, Rel. Min. Celso de Mello, Dje 28.9.2007; ADI 3.189/AL, Rel. Min. Celso de Mello, Dje 28.9.2007; ADI 2.995/CE, Rel. Min. Celso de Mello, Dje 28.9.2007; ADI 3.063/MA, Rel. Min. Cezar Peluso, Dj

ADPF 492 / RJ

2.3.2007; ADI 3.147/PI, Rel. Min. Carlos Britto, Dj 22.9.2006; ADI 2.996/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Dj 29.9.2006; ADI 2.690/RN, de minha relatoria, Dj 20.10.2006; ADI 3.259/PA, Rel. Min. Eros Grau, Dj 24.2.2006.

Durante os julgamentos que envolveram a questão, duas teses parecem ter sido adotadas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade das legislações estaduais que instituíam as loterias.

A primeira tese firmou-se no sentido de que a competência privativa da União, prevista no art. 22, inciso XX, Constituição Federal de 1988, para legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios, abarcaria a atividade lotérica.

A segunda tese de inconstitucionalidade das leis estaduais sobre loterias que tem sido defendida na jurisprudência firma-se no argumento de que a matéria invadiria o campo da competência privativa da União para legislar sobre Direito Penal (art. 22, inciso I).

Como será demonstrado, entendo que nenhuma dessas duas teses preclui a competência material dos Estados de explorar os serviços públicos de loteria, mas, antes, exige um equacionamento da competência legislativa privativa da União para estabelecer as diretrizes nacionais da sua prestação.

5.1. – Competência privativa da União para legislar sobre consórcios e sorteios

A primeira tese jurisprudencial, como dito, firmou-se no sentido de que a competência privativa da União prevista no art. 22, inciso XX, Constituição Federal de 1988 para legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios abarcaria a atividade lotérica. Destaco nesse ponto os seguintes precedentes que colhem da expressão “sorteio” a proibição de os Estados editarem legislações sobre atividades lotéricas:

“1. Ação direta de inconstitucionalidade: L. est. 11.348, de 17 de janeiro de 2000, do Estado de Santa Catarina, que dispõe sobre serviço de loterias e jogos de bingo: inconstitucionalidade

ADPF 492 / RJ

formal declarada, por violação do art. 22, XX, da Constituição Federal, que estabelece a competência privativa da União para dispor sobre sistemas de sorteios. 2. Não está em causa a L. est. 3.812/99, a qual teria criado a Loteria do Estado de Santa Catarina, ao tempo em que facultada, pela legislação federal, a instituição e a exploração de loterias pelos Estados membros”. (ADI 2.996, Relator SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 10.8.2006, DJ 29.9.2006 PP-00031 EMENT VOL-02249-03 PP-00452 RTJ VOL-00202-01 PP-00091)

“Esta Suprema Corte já assentou que a expressão ‘sistema de sorteios’ constante do art. 22, XX, da CF/1988 alcança os jogos de azar, as loterias e similares, dando interpretação que veda a edição de legislação estadual sobre a matéria, diante da competência privativa da União”. (ADI 3.895, rel. Min. Menezes Direito, j. 4.6.2008, DJE 162 de 29.8.2008.)

“Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reservas, a cláusula reveladora da competência privativa da União para legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios — art. 22, XX, da CF/1988 abrange a exploração de loteria, de jogos de azar”. (ADI 2.950 rel. min. Marco Aurélio, j. 29.8.2007, DJE 18 de 1º.2.2008.)

“O eminente procurador-geral da República, ao oferecer o seu douto parecer nos presentes autos, sustentou, a meu juízo, com inteira razão, que os diplomas normativos ora impugnados efetivamente vulneraram a cláusula de competência, que, inscrita no art. 22, XX, da Constituição da República, atribui, ao tema dos “sorteios” (expressão que abrange, na jurisprudência desta Corte, os jogos de azar, as loterias e similares), um máximo coeficiente de federalidade, apto a afastar, nessa específica matéria, a possibilidade constitucional de legítima regulação normativa por parte dos Estados-membros, do Distrito Federal, ou, ainda, dos Municípios”. (ADI 2.995, voto do rel. min. Celso de Mello, j. 13.12.2006,

ADPF 492 / RJ

DJE 112 de 28.9.2007.)

Registre-se que há vozes importantes na doutrina que se opõem a esse entendimento. Mais uma vez, o eminente Min. **LUÍS ROBERTO BARROSO**, no que acompanhado por doutrinadores como **IVES GANDRA DA SILVA MARTINS** (MARTINS, Ives Gandra da Silva, *oh. cit.*, 32 vol., tomo I, p. 322/325), **PINTO FERREIRA** (FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*, vol. 6, 1994, p. 388/389) e **CARLOS ARI SUNDFELD** (SUNDFELD, Carlos Ari. *Loterias estaduais na Constituição de 1988, Revista de Direito Público*, vol. 91) defendem que, quando a Constituição fala em “consórcios e sorteios” não estaria abarcando as loterias.

Isso porque, na visão dos renomados juristas, a veiculação da competência legislativa sobre consórcios deveria ser interpretada dentro da sistemática do texto constitucional que reservou também à União a edição de leis sobre o sistema monetário e sobre a matéria financeira. Por todos, destaco a argumentação de **CARLOS ARI SUNDFELD** sobre o tema:

“O interesse de o legislador federal regular tal matéria (consórcios e sorteios) está nos aspectos financeiros envolvidos. A localização (por assim dizer, geográfica) do inciso XX, dentro do art. 22, é neste particular, esclarecedora.

O inciso imediatamente anterior, de nº XIX, confere ao legislador federal competência para dispor sobre 'sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular', matérias tipicamente financeiras. O fato de a competência para dispor sobre 'sistemas de consórcios e sorteios' vir enunciada logo em seguida (no inciso XX), parece sugerir que ainda se está tratando de matéria financeira. Portanto, o inciso XX se refere aos 'sorteios' apenas para descrever certo tipo de atividade financeira, assemelhada aos consórcios.

Destarte, a intenção do dispositivo não foi a de atribuir à União competência para legislar sobre as loterias, enquanto atividades públicas de obtenção de recursos não tributários para o Estado". (SUNDFELD, Carlos Ari. *Loterias estaduais na*

ADPF 492 / RJ

Constituição de 1988, **Revista de Direito Público**, vol. 91, p. 96).

A mim não me parecem coerentes essas interpretações que extirpam da competência legislativa da União a matéria de loterias. Ainda que seja possível inferir do texto constitucional uma relação entre os sistemas de consórcios e a regulação financeiro-monetária, creio que a expressão “sorteios” tem realmente potencial amplo de abarcar o delineamento geral da exploração das atividades lotéricas.

No entanto, o simples fato de a CF/88 ter atribuído à União a competência legislativa sobre a matéria de modo algum preclui a exploração material do serviço pelos Estados. Basta lembrarmos que, desde 1932, todas as consolidações normativas sobre loterias foram veiculadas por lei federal e todas elas, sem exceção, expressamente autorizavam a exploração de loterias em âmbito estadual.

Nessa matéria não podemos cair na armadilha de confundir a competência legislativa sobre determinado assunto com a competência material de exploração de serviço a ele correlato. Lograr em tal impropriedade técnica seria tomar a nuvem por Juno.

Isso porque o art. 22, XX, da Constituição confere **competência privativa** da União apenas para **legislar** sobre a matéria. Sendo a competência prevista apenas formal, a esse dispositivo não se pode conferir interpretação estendida para também gerar uma **competência material** exclusiva do ente federativo, que não consta do rol taxativo previsto no art. 21 da Constituição. Assim ressoou a voz do Ministro **CEZAR PELUSO** no desfecho de seu certo voto, no julgamento da ADI 2847:

“Admito que, no caso da loteria, se trate de serviço público, e que o exercício da atividade não constitua monopólio, mas a regulamentação desse exercício, é, sem dúvida, monopólio da União. Isto é, desde que as atividades de sorteio e consórcio sejam regulamentadas, as entidades federativas podem exercê-las sob o governo da norma proveniente da União”. (ADI 2847, Relator(a): CARLOS

ADPF 492 / RJ

VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2004, DJ 26-11-2004 PP-00026 EMENT VOL-02174-01 PP-00112 RTJ VOL 00192-02 PP-00575)

Esse mesmo entendimento foi reafirmado pela Ministra Cármen Lúcia, no julgamento da RCL 13.411-AgR, Dje 28.4.2014, em que se alegava violação ao conteúdo da Súmula Vinculante 2 por decisão judicial proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo a respeito da exploração de bingos, oportunidade em que destacou a relatora:

“Ao contrário do que pretendido, o Supremo Tribunal Federal não permitiu nem liberou a exploração da atividade de bingos. Este Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, até mesmo bingos e loterias. Portanto, não prospera a pretensão da Agravante, que, a pretexto de alegar contrariedade à Súmula Vinculante n. 2, do Supremo Tribunal Federal, pretende a liberação da exploração de atividade de bingos por meio desta reclamação”.

Portanto, o comando constitucional do art. 22, XX, afasta a competência legislativa dos Estados-membros e do Distrito Federal, mas não a competência material, executiva, de tal serviço público.

Salienta-se, a propósito, que, no estudo das competências legislativas federativas sobre serviços públicos, é possível tomarmos diversos exemplos de competências legislativas federais que interferem diretamente na prestação de serviços públicos municipais ou estaduais. Como ressaltado com notável clareza pelo professor **ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO**, a disciplina constitucional não autoriza o entendimento de que “*não possa haver normas jurídicas editadas por um ente da Federação com reflexos na prestação de serviços da competência de outra esfera federativa*” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 251).

Nesse sentido, o ilustre autor colaciona alguns exemplos:

ADPF 492 / RJ

“o legislador municipal pode, por exemplo, no exercício de sua competência urbanística, estabelecer que em determinadas zonas da Cidade os fios das instalações dos serviços públicos em geral deverão ser subterrâneos e a União, ao exercer competência privativa para legislar sobre trânsito (art. 22, inciso XI, CF), pode acabar restringindo as modalidades de serviços públicos de transporte dos Estados e dos Municípios”. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 251).

Acrescento a esses exemplos a situação dos serviços de água e esgoto. Embora a exploração do serviço público de saneamento básico tenha sua titularidade atribuída aos municípios ou às regiões metropolitanas, nada disso afasta a competência privativa da União para legislar sobre “águas”, conforme previsto no art. 22, inciso IV, da CF. É justamente com arrimo nessa competência legislativa que a União editou, em 2007, a Lei 11.445, de 5 de janeiro – recentemente alterada pela Lei 14.026, de 15 de junho de 2020 –, que institui o chamado Marco Legal do Saneamento. Veja-se que aqui a União edita diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento básico, malgrado, repise-se o serviço público seja de competência municipal.

No caso das loterias, a bem da verdade, já existe uma legislação federal que disciplina a prestação desses serviços no âmbito dos estados. É que, como já referido diversas vezes neste voto, a tradição legislativa sempre caminhou no sentido de a consolidação normativa federal dispor sobre os aspectos nacionais da atividade, inclusive no âmbito dos Estados.

Nesse ponto, o Decreto-Lei 204/1967 criou verdadeira ilha normativa, na medida em que, se por um lado estabeleceu um monopólio fictício da União, por outro não revogou o Decreto 6.259/1944, que dispunha sobre o funcionamento das loterias federais e estaduais.

Daí porque a norma impugnada nesta ADI não só manteve as lotéricas estaduais já existentes como também previu que essas loterias

ADPF 492 / RJ

estaduais continuariam regidas pela legislação anterior. Confirma-se o teor do art. 33 do Decreto-Lei 204/1967: “art 33. No que não colidir com os termos do presente Decreto-lei, as loterias estaduais continuarão regidas pelo Decreto-lei nº 6.259, de 10 de fevereiro de 1944”.

Assim, **a declaração de não recepção do art. 1º do Decreto-Lei 204/1967 pela Constituição de 1988 não gera consequências maiores além da simples extensão do regime jurídico das loterias estaduais hoje existentes aos Estados que tiveram a possibilidade de exploração deste serviço público fulminada pela proibição legislativa ora impugnada.**

Dessa forma, em resumo, a mim me parece acertado inferir que as legislações estaduais (ou municipais) que instituem loterias em seus territórios tão somente veiculam *competência material* que lhes foi franqueada pela Constituição.

Tais normas estaduais, sejam leis ou decretos, apenas ofenderiam a Constituição Federal caso instituíssem disciplina ou modalidade de loteria não prevista pela própria União para si mesma, haja vista que, nesta hipótese, a legislação estadual afastar-se-ia de seu caráter materializador do serviço público de que o Estado (ou município, ou Distrito Federal) é titular, isto sim incompatível com o art. 22, XX, da CF/88.

É lícito concluir, portanto, que a competência da União para legislar exclusivamente sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive loterias, não obsta a competência material para a exploração dessas atividades pelos entes estaduais ou municipais.

Por fim, nesse ponto, é preciso ressaltar: não proponho qualquer superação da Súmula Vinculante 2. Trata-se tão somente de precisar o alcance de seus termos, conforme os seus precedentes de suporte.

O enunciado da súmula e os precedentes que a fundamentaram expressamente elucidaram que a disposição legal ou normativa vedada aos Estados e ao Distrito Federal é a que inova e, portanto, legisla sobre o tema de *consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias*. Em definitivo, a Súmula Vinculante 2, tal qual o art. 22, XX da CF/88, não trata da competência material dos Estados de instituir loterias dentro das balizas

ADPF 492 / RJ

federais, ainda que tal materialização tenha expressão através de decretos ou leis estaduais, distritais ou municipais.

5.2 – Competência legislativa da União para legislar sobre Direito Penal

A segunda tese de inconstitucionalidade das leis estaduais sobre loterias que tem sido defendida na jurisprudência firma-se no argumento de que a matéria invadiria o campo da competência privativa da União para legislar sobre Direito Penal (art. 22, inciso I). Isso porque, na visão dessa corrente, somente a União poderia derrogar a lei para autorizar a atividade lotérica. Nesse sentido, colacionam-se a ementa do acórdão e trechos esclarecedores dos votos dos Ministros desta Corte no julgamento da ADI 2.847:

“CONSTITUCIONAL. LOTERIAS. LEIS 1.176/96, 2.793/2001, 3.130/2003 e 232/92, DO DISTRITO FEDERAL. C.F., ARTIGO 22, I E XX. I. - A Legislação sobre loterias é da competência da União: C.F., art. 22, I e XX. II. - Inconstitucionalidade das Leis Distritais 1.176/96, 2.793/2001, 3.130/2003 e 232/92. III. - ADI julgada procedente”. (ADI 2.847, Relator CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 5.8.2004, DJ 26.11.2004 PP-00026 EMENT VOL-02174-01 PP-00112 RTJ VOL 00192-02 PP-00575)

“(…) Tem-se, com a exploração de loteria, derrogação excepcional de normas de Direito Penal. A competência legislativa, por isso mesmo, é da União, na forma do que dispõe o art. 22, I, da Constituição Federal. Nesse sentido, aliás, o decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1.169 MC/DF, relator o ministro Ilmar Galvão. Ademais, porque as loterias estão abrangidas pela terminologia sorteios, segue-se que a competência para legislar a respeito é da União: CF/1988, art. 22, XX. (ADI 2.847, voto do rel. min. Carlos Velloso, P, j. 5.8.2004, DJ 26.11.2004)”.

ADPF 492 / RJ

“(…) A exploração de loteria será lícita se expressamente autorizada a sua exploração por norma jurídica específica. Essa norma específica — e isso me parece evidente — é norma penal, porque consubstancia uma isenção à regra que define a ilicitude. (...) Então, se apenas à União, e privativamente — para começar — a CF/1988 atribui competência para legislar sobre matéria penal, apenas a União poderá dispor a regra de isenção de que se cuida. (...) Portanto, nem a lei estadual, nem a lei distrital, nem a lei municipal podem operar migração, dessa atividade, do campo da ilicitude para o campo da licitude, pois isso é da competência privativa da União, nos termos do art. 22, I, da CF/1988”. (ADI 2.847, rel. min. Carlos Velloso, voto do min. Eros Grau, P, j. 5.8.2004, DJ 26.11.2004).

Essa tese é construída a partir da interpretação histórica da Lei de Contravenções, cujo art. 51 estabelece como contravenção “*promover ou fazer extrair loteria, sem autorização legal*”, cominando a sanção de prisão simples, de seis meses a dois anos, e multa, de cinco a dez contos de réis, estendendo-se os efeitos da condenação à perda dos móveis existentes no local.

Em obra clássica, **JOSÉ DUARTE** já expunha com seu peculiar didatismo que a proibição dos jogos de azar assenta-se em tradição dos povos cultos herdada do direito romano, que dividia os jogos de entretenimento daqueles jogos inteiramente submetidos às alternativas de sorte – *in quibus sors predominatus* – que são objeto clássico de proibição (DUARTE, José. **Comentários à Lei das Contravenções Penais**, 1944, p. 489).

Com a devida vênia aos entendimentos contrários, porém, penso que não se pode extrair da Lei de Contravenções Penais uma interpretação que torne toda e qualquer norma sobre loterias uma legislação penal. É que tal raciocínio, a meu ver, equivaleria a interpretar de forma ampla a competência privativa da União para legislar sobre Direito Penal tão somente porque a exploração de loteria foi considerada contravenção. Em outras palavras, estaríamos a interpretar a Constituição

ADPF 492 / RJ

conforme a lei.

Além disso, é importante esclarecer que, a rigor, **a proibição penal contida na Lei de Contravenções não incide – e jamais incidiu – sobre a exploração em si da atividade lotérica.**

Ocorre que o âmbito preciso da proibição, veja-se, residiu e reside até hoje na referida exploração de loterias “**sem autorização legal**”. Como muito bem observado por **GERALDO ATALIBA** em parecer clássico sobre a matéria “*a legislação erige a exploração do jogo em ilícito, salvo sua fiscalização e controle para proteger os incautos, os ingênuos, os simples, os fracos, contra a ganância e a má-fé possível dos exploradores. Com isso, assegura-se o monopólio de sua exploração [pelo Poder Público]*” (ATALIBA, Geraldo. **Possibilidade jurídica da exploração de loterias pelos Estados federados**. Revista de Direito Público 78, 1985, p. 83).

Todavia, uma vez existente lei que comete a loteria à exploração Estatal, não há como se perpetuar interpretação normativa que teria como sujeito ativo da infração o próprio Ente Público. Nas palavras mais uma vez de **GERALDO ATALIBA** “*a qualificação de uma atividade como serviço público já exclui a concomitante qualificação do ilícito*”. (ATALIBA, Geraldo. **Possibilidade jurídica da exploração de loterias pelos Estados federados**. Revista de Direito Público 78, 1985, p. 83).

Em outras palavras, não se pode considerar que o exercício de atividade pública seja considerado uma contravenção penal. Tal entendimento significaria dizer que um serviço público constitui crime, o que não parece compatível com uma interpretação constitucional da matéria.

6 - Da conformação da legislação estadual questionada na ADI 4.986 com a Constituição Federal.

Relembro a premissa, anteriormente enunciada, no sentido de que as legislações estaduais instituidoras de loterias, seja via lei estadual ou por meio de decreto, constituem simples exercício de sua competência material de instituição de serviço público titularizado pelo Estado-

ADPF 492 / RJ

membro.

Sob esse olhar há de ser perquirida a constitucionalidade das normas do Estado do Mato Grosso. Como relatado, a ADI 4.986 foi proposta pelo Procurador-Geral da República, contra os artigos 1º a 10 da Lei 8.651/2007, bem como contra os Decretos 273/2011 (alterado pelo Decreto 346/2011 – Reativa a Loteria do Estado), 784/2011 (Estrutura Organizacional) e 918/2011 (Regimento Interno), todos do Estado de Mato Grosso (ADI 4.986 – eDOC).

Confrontando a disciplina Estadual com a disciplina aplicada pela União às suas próprias loterias (art. 14 e seguintes da Lei 13.756, de 2018; Lei 13.345, de 2006) e ainda com o Decreto-lei 6.259/1944, constato **não haver disciplinamento estadual que supere o que previsto em âmbito federal**. A esse propósito, exemplificativamente, o art. 3º da Lei 8.651, de 2007, do Mato Grosso é expresso em vincular suas próprias modalidades àquelas das loterias federais:

“Art. 3º São **modalidades de loterias federais em vigor que poderão ser exploradas pela LEMAT no território do Estado de Mato Grosso**:

I - LOTERIA DE NÚMEROS: aquela em que são comercializados elementos sorteáveis, cuja premiação é ofertada em espécie e/ou em bens e o sorteio efetuado tomando-se por base resultados de extrações lotéricas oficiais ou extrações realizadas por associações civis beneficentes ou desportivas, aditadas pela LEMAT;

II - LOTERIA INSTANTÂNEA: aquela com sorteios instantâneos realizados em elementos sorteáveis individuais próprios, mediante a combinação de números ou símbolos para a distribuição de premiação previamente estabelecida;

III - LOTERIA ESTADUAL CONVENCIONAL: aquela com venda de elementos sorteáveis previamente numerados, cujo sorteio será efetivado em datas prefixadas, para distribuição aos acertadores de prêmios antecipadamente anunciados”.

Constato, assim, que as normas estaduais impugnadas na ADI 4.986

ADPF 492 / RJ

veiculam **meras disposições adaptativas da prestação do serviço público de loterias ao respectivo Estado**, não desbordando, portanto, da disciplina legislativa da União prevista a si mesma.

Neste sentido, não reconheço em tais normas estaduais qualquer mácula de inconstitucionalidade.

7 – Conclusões e Dispositivo

Por fim, retomo brevemente as principais premissas e conclusões deste voto, com o intuito de esclarecer a *ratio decidendi*:

(i) A exploração de loterias ostenta **natureza jurídica de serviço público** (art. 175, *caput*, da CF/88), dada a existência de previsão legal expressa;

(ii) **Os arts. 1º e 32 do Decreto-Lei 204/1967**, ao estabelecerem a exclusividade da União sobre a prestação dos serviços de loteria, **não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, pois colidem frontalmente com o art. 25, § 1º, da CF/88**, ao esvaziarem a competência constitucional subsidiária dos Estados-membros para a prestação de serviços públicos que não foram expressamente reservados pelo texto constitucional à exploração pela União (art. 21 da CF/88);

(iii) **A competência privativa da União para legislar** sobre sistemas de consórcios e sorteios (art. 22, inciso XX, da CF/88) **não preclui a competência material dos Estados** para explorar as atividades lotéricas nem a competência regulamentar dessa exploração. Por esse motivo, **a Súmula Vinculante 2 não trata da competência material dos Estados de instituir loterias dentro das balizas federais**, ainda que tal materialização tenha expressão através de decretos ou leis estaduais, distritais ou municipais.

(iv) Por outro lado, **as legislações estaduais instituidoras de loterias**, seja via lei estadual ou por meio de decreto, **devem simplesmente viabilizar o exercício de sua competência material de instituição de serviço público titularizado pelo Estado-membro**, de modo que somente a União pode definir as

ADPF 492 / RJ

modalidades de atividades lotéricas passíveis de exploração pelos Estados.

Forte nessas razões, julgo **procedentes** as ADPFs 492 e 493, para declarar não recepcionados pela Constituição Federal de 1988 os arts. 1º e 32, *caput* e § 1º, do DL 204/1967.

Relativamente à ADI 4.986 **julgo improcedentes** os pedidos.

É como voto.

30/09/2020

PLENÁRIO

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 492 RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Boa tarde, Presidente. Cumprimento a Ministra Cármen, a Ministra Rosa, todos os Ministros, em especial o eminente Ministro-Relator, Ministro Gilmar Mendes. Quero também cumprimentar os advogados que fizeram sustentações orais, Dr. Emerson e Dr. Mário Eduardo; e o nosso Advogado-Geral da União, Professor José Levy.

Presidente, pretendo ser extremamente sintético.

Em relação ao cabimento - princípio da subsidiariedade -, acompanho integralmente o eminente Ministro-Relator, Ministro Gilmar Mendes.

Da mesma forma, Presidente, entendo - e assim coloco a discussão do assunto - estarmos discutindo a divisão de competências legislativas e administrativas entre os entes federativos.

Nos últimos dois anos, dois anos e meio, o Supremo Tribunal Federal vem dando uma nova roupagem, estendendo uma nova visão a essa divisão de competências, para que haja, cada vez mais, eu diria, uma igualdade federativa

Nós temos - isso é histórico - extremo centralismo por parte da União. Estamos avalizando, caso a caso, a questão do consumidor - cada vez mais -, uma possibilidade de concorrência em relação aos estados-membros -, a própria questão de segurança pública. Recentemente acompanhei o eminente Ministro Edson Fachin em uma ADI relacionada a consumidores e segurança pública, à questão de aparelhos de segurança em bancos, sempre sob uma análise federativa dos dispositivos constitucionais.

Na presente questão, o que se discute - e o voto do eminente Ministro-Relator, Ministro Gilmar Mendes, foi extremamente detalhado, e, eu diria feliz, ao fazer essa separação - é se a possibilidade de exploração de loterias pelos estados, municípios e entes federativos

ADPF 492 / RJ

estaria ou não abrangida pela competência legislativa da União, que é privativa para normatizar o assunto (art. 22, X). Essa é a questão de fundo. Ninguém discute, nestas ações, pelo menos até o momento, que a competência legislativa para normatizar, disciplinar, regulamentar, o sistema de loterias, nos termos da Súmula Vinculante 2, é privativa da União.

O que se discute é se, dentro dessa competência legislativa, estaria também implicitamente previsto que só a União pode exercer a competência administrativa de exploração.

Essa distinção feita pelo eminente Relator me parece extremamente feliz por possibilitar uma discussão mais aprofundada. Concordo com o eminente Ministro-Relator que há necessidade dessa distinção entre competência legislativa do ente federativo União, que é privativa, e uma eventual competência administrativa para exploração.

Cito aqui como exemplo - a título só de comparação - o art. 22, II, que também prevê como competência privativa da União legislar sobre desapropriação. Mas ninguém discute que municípios e estados também podem desapropriar. Uma coisa é a competência legislativa, outra é a competência administrativa. Agora, obviamente, a União e os estados devem desapropriar, nos termos da legislação federal.

Da mesma forma, aqui, parece-me que não há competência administrativa privativa da União para exploração das loterias. Há para legislar, não há para explorar. Tampouco vislumbro qualquer proibição ou restrição constitucional aos estados-membros para a realização dessa exploração, desde que sigam os parâmetros estabelecidos pela legislação federal.

O que a Constituição estabelece, de forma absolutamente clara, a meu ver? A Constituição estabelece que é plenamente lícito o sistema de loterias. Aí não há dúvida, é o art. 22, XX, com a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, na Súmula Vinculante 2, que estabelece que sistema de consórcios, sorteios e loterias é lícito. Não há nenhuma ilegalidade ou inconstitucionalidade nessa exploração, tanto que a Constituição prevê, no art. 22: "União, legisle; não está proibido esse tipo

ADPF 492 / RJ

de sistema de loterias no Brasil, mas você deve legislar".

A Constituição prevê que a competência é privativa da União, mas nada mais do que isso. Não prevê, a meu ver, com todo o respeito às posições em contrário, em momento algum, exclusividade na exploração pela União. Não prevê, o que me parece mais grave ainda, a possibilidade de alguns estados manterem essas loterias, em virtude de ordenamentos jurídicos passados, enquanto outros estão absolutamente proibidos.

A Constituição diz: é possível o sistema de consórcios, sorteios e loterias e quem deve normatizar, quem deve regulamentar, é a União. Não diz mais nada. A existência desse sistema de consórcios, sorteios e loterias é lícita e deve ser regulamentada pela União.

Indago: seria possível que a União, ao exercer sua competência legislativa para a matéria, destinasse a exploração somente para si? Ou ainda: se a União estabelecesse "só eu posso", e alguns estados já tivessem antes essa possibilidade, essa preferência administrativa, eventualmente criada pela União com base em sua competência privativa legislativa, seria constitucional? Parece-me que a resposta é negativa.

Entendo que, por não existir expressa vedação aos estados e municípios, a União não poderia - nos termos do art. 19, III, da Constituição, que consagra uma das importantes vedações federativas -, ao exercer sua competência legislativa privativa, criar distinções ou preferências entre União e estados, entre União, estados e municípios ou entre estados diversos.

Esse é o texto expresso, esse é o texto que o art. 19, III, estabelece:

"Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si."

O poder de regulamentar, via legislação federal, o sistema de loterias, é privativo da União. Só que o exercício desse poder de regulamentar legislativamente deve ser observado com absoluto respeito

ADPF 492 / RJ

às regras do federalismo, que não estabelecem competência administrativa exclusiva da União para essa exploração e com absoluto respeito às vedações federativas - que não permitem que qualquer dos entes federais - não só a União -, no exercício de suas competências, possam estabelecer preferências ou distinções entre os entes federativos.

O que a União está fazendo é exatamente isso. A União, no exercício de sua competência legislativa, que é exatamente regulamentar sistema de loterias, guarda para si, com exclusividade, a possibilidade de exploração.

Poderia em caso de desapropriação, também um dos incisos do art. 22? "Olha, já que eu legislo sobre desapropriação, só eu posso desapropriar"?

A União, no exercício de sua competência legislativa privativa, a meu ver, está avançando no exercício de uma competência administrativa comum aos entes federativos de exploração desse serviço público. Aqui, concordo, também, com o eminente Ministro-Relator sobre a natureza jurídica dessa exploração.

Podemos gostar ou não de loterias, mas a Constituição e o próprio Supremo, ao analisar a Súmula Vinculante 2, autorizou que haja um sistema de loterias. Sistema, este, que deve ser regulamentado pela União. Regulamentado, mas não explorado de forma única e exclusiva.

Em outras palavras, aqui, Senhor Presidente, quem tem o poder, o verdadeiro poder de regulamentar, de estabelecer todo o sistema de loterias é a União, competência privativa. Ao estabelecer isso, quem pode explorar não é só a União. Os estados e municípios podem, desde que observem estritamente a normatização federal. É isso que faz sentido, a meu ver, ao interpretarmos, de forma diversa, como devem ser realizadas as competências legislativas, de um lado, e as competências administrativas, do outro lado. Não poderíamos cercear ou permitir, porque isso seria extremamente perigoso, que a União, no exercício de suas competências legislativas privativas, pudesse começar a cercear as competências administrativas dos outros entes federativos.

Quem respeitar a legislação federal pode exercer - desde que não

ADPF 492 / RJ

haja, como, no caso, não há, expressa vedação constitucional - sua competência administrativa, desde que, repito, observe estritamente o que disciplina a legislação federal.

Presidente, com essas considerações e me pautando, também, nas considerações feitas pelo eminente Ministro-Relator, principalmente na separação entre competência privativa para legislar e competência administrativa para exploração das atividades lotéricas, acompanho integralmente o eminente Ministro-Relator, julgando procedente as ADPF 492 e 493, no sentido de declarar não recepcionados pela Constituição Federal de 1988 os arts. 1º e 32, *caput*, § 1º, do Decreto-Lei nº 204/67, e julgando improcedente a ADI 4.986.

É o voto, Senhor Presidente.

30/09/2020**PLENÁRIO****ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 492 RIO DE JANEIRO****ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, eminente Ministro Luiz Fux, saúdo Vossa Excelência, as eminentes Ministras Cármen Lúcia e Rosa Weber, todos os eminentes Pares, o Senhor Vice-Procurador-Geral da República, Doutor Humberto Jacques de Medeiros, e os ilustres Advogados que acompanham esta sessão.

Princípio, Senhor Presidente, saudando o eminente Ministro-Relator, Ministro Gilmar Mendes, bem como o eminente Ministro Alexandre de Moraes, que vem de proferir seu voto acompanhando o Relator.

Eu tenho um voto alongado que não irei expor, Senhor Presidente, eis que verifico que Sua Excelência o eminente Ministro-Relator me permite fazer uma síntese, pois Sua Excelência concluiu não reconhecer nas normas estaduais mácula de inconstitucionalidade. E por isso julgou procedentes as ADPFs 492 e 493, declarando não recepcionados aqueles dispositivos do Decreto-Lei de 67, e julgou improcedentes os pedidos da ADI 4.986.

Irei juntar declaração de voto e estou assentando, Senhor Presidente, de saída, a plena cognoscibilidade das ações, nomeadamente das arguições de descumprimento de preceito fundamental, e, no mérito, também eu entendo assistir razão às requerentes de ambas as arguições por compreender que a validade do Decreto-Lei 204, de 1967, não resiste à filtragem constitucional que é insculpida na Constituição de 1988 e à reorientação democrática e principiológica do federalismo brasileiro após 1988.

Aliás, este Tribunal sempre teve, está tendo e continuará a ter um encontro permanentemente marcado com normas precedentes à Constituição de 1988 e à respectiva filtragem constitucional, não apenas nesta área que estamos a examinar hoje, mas em outras áreas, como na ambiência da educação, das universidades federais e assim por diante.

ADPF 492 / RJ

No que concerne à Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.986, também entendo que, com a devida vênia das compreensões em sentido diverso, os pedidos formulados pela Procuradoria-Geral da República são improcedentes, porquanto as normas estaduais impugnadas não possuem o caráter originário e inovador que caracterizaria a usurpação de competência.

A questão central está em reconhecer a plena higidez da Súmula Vinculante 2, que tratou da atribuição ou da competência legislativa, e destacar, distinguir daí a competência material dos estados de instituir loterias dentro das balizas da legislação federal. O tema remete ao federalismo. Na declaração de voto me reporto à reflexão alongada que fiz em voto na ADPF 109 sobre a matéria, sobre o sentido de coordenação que está nesse agir coletivo do federalismo cooperativo.

E por isso também eu concluo por não enxergar antinomia entre a Súmula Vinculante 2 e a compreensão desse espaço sobre o regime administrativo da exploração da atividade econômica por parte dos estados-membros.

Como foi dito pelo eminente Ministro-Relator, também eu entendo que aqui não há superação de jurisprudência, não há o que se denomina de *overruling* do enunciado da Súmula Vinculante 2. O que há apenas é uma distinção, e a síntese feita pelo Ministro Alexandre de Moraes foi cirurgicamente adequada, em meu modo de ver, para distinguir as duas naturezas de atribuições ou de competências e respondendo afirmativamente à possibilidade de os estados-membros de explorarem as atividades atinentes às loterias. Eis que essa atividade, em nenhum lugar da Constituição, tem ela inscrita como monopólio da União. Há a competência privativa da União para legislar, mas não há monopólio da União nesta matéria.

Portanto, colho o magistério de muitos autores - o Ministro Gilmar Mendes citou uma biblioteca respeitável de autores na matéria. Eu permito-me, de algum modo, também reiterar e acrescer o nome, sempre lembrado, da Professora Anna Cândida da Cunha Ferraz, que examinou esse tema quando tratou, já em 1989, da matéria das competências à luz

ADPF 492 / RJ

da nova Constituição do Estado de São Paulo.

Cito no voto e reitero também que essa técnica de distinção de competência não é desconhecida, ou seja, separar a competência legislativa da competência administrativa. Isto não se desconhece no desenho normativo, como está, entre outras obras, também nos estudos da professora Fernanda Dias Menezes de Almeida.

E, portanto, Senhor Presidente, juntarei declaração de voto e também estou acompanhando integralmente o eminente Ministro-Relator .

É como voto.

30/09/2020

PLENÁRIO

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 492 RIO DE JANEIRO

V O T O - V O G A L

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN:

1. Acolho o bem lançado do relatório do e. Ministro Gilmar Mendes.

Rememoro que se trata do julgamento conjunto de duas arguições de preceito fundamental e uma ação direta de inconstitucionalidade atinentes à regulação do serviço público de loterias.

As ADPFs pretendem ver declarada a não-recepção, pelo novel ordenamento constitucional, de dispositivos do Decreto-Lei nº 204, de 27 de fevereiro de 1967. Eis o teor dos artigos impugnados:

Art. 1º A exploração de loteria, como derrogação excepcional das normas do Direito Penal, constitui serviço público exclusivo da União não suscetível de concessão e só será permitida nos termos do presente Decreto-lei.

(...)

Art. 32. Mantida a situação atual, na forma do disposto no presente Decreto-lei, não mais será permitida a criação de loterias estaduais.

§ 1º As loterias estaduais atualmente existentes não poderão aumentar as suas emissões ficando limitadas às quantidades de bilhetes e séries em vigor na data da publicação dêste Decreto-lei.

Os argumentos manejados pelas partes Requerentes podem ser organizados em três núcleos de sentido. Em primeiro lugar, alega-se que o Decreto-Lei 204/1967 viola o pacto federativo ao limitar as loterias à condição de serviço público exclusivo da União. Este raciocínio abrange não somente as ideias de autonomia e isonomia entre os entes federados, mas também a salvaguarda de um núcleo residual de competências deixadas aos Estados, na forma do art. 25, § 1º, da CRFB/88.

ADPF 492 / RJ

Em segundo lugar, argumenta-se que a Constituição da República previu um princípio de vedação aos monopólios não expressamente enumerados em seu texto. Conclui-se, portanto, que a natureza infraconstitucional do Decreto-Lei 204/1967 seria insuficiente para justificar prática monopolística.

Por fim, e sempre segundo os Requerentes, as normas impugnadas importariam em decréscimo da eficiência na prestação do serviço público de loterias, uma vez que os Estados seriam compelidos, pelo art. 32, §1º do decreto vergastado, a administrar suas operações em nível subótimo, isto é, limitados pelos números de bilhetes e séries existentes em 1967.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.986, proposta pelo Procurador Geral da República, visa à declaração de inconstitucionalidade dos artigos 1º a 10 da Lei nº 8.651/2007, bem como contra os Decretos 273/2011 (alterado pelo Decreto 346/2011), 784/2011 e 918/2011, todos do Estado de Mato Grosso. Estes dispositivos tratam da reativação da Loteria do Estado do Mato Grosso (LEMAT) e regulam sua estrutura administrativo-organizacional.

Era o que se tinha a rememorar.

2. Princípio por assentar a plena cognoscibilidade da ação, reconhecendo os requerentes como partes legítimas para a deflagração do processo de controle concentrado de constitucionalidade.

Reconheço, igualmente, a reunião dos pressupostos constitucionais para a propositura de arguição de preceito fundamental, nos termos do art. 1º, I da Lei 9.882/1999, uma vez que o objeto da ação corresponde a ato normativo federal anterior à Constituição da República.

No mérito, entendo que assiste razão às requerentes de ambas as arguições de preceito fundamental, por compreender que a validade do Decreto-Lei 204/1967 não resiste à reorientação democrática e principiológica do federalismo brasileiro pós-1988.

No que concerne à ADI 4.986, entendo serem os pedidos do Procurador-Geral da República improcedentes, porquanto as normas estaduais impugnadas não possuem o caráter originário e inovador que caracterizaria a usurpação de competência privativa da União.

ADPF 492 / RJ

3. Os grandes estudos consagrados ao federalismo no Brasil sempre consignaram que, a partir do ano de 1964, inicia-se um processo de regressão democrática que coincide com um movimento de centralização do Estado brasileiro. É o que aponta, em trabalho monográfico, o e. Ministro Ricardo Lewandowski:

“A centralização do sistema federativo brasileiro atingiu, sem dúvida, o seu ápice após 1964, notadamente depois da edição da Constituição de 1967, cujos preceitos, neste particular, foram basicamente reproduzidos na Carta de 1969. De fato, o Estado brasileiro, em que pese a retórica liberal dos militares que se sucederam no poder, caracterizou-se, a partir de então, por uma ingerência crescente nos campos econômico e social, levada a efeito, de forma predominante, por meio da União, que restou aquinhoadada com grande parte das competências conferidas aos Estados-membros, os quais viram reduzidos, de forma drástica, os seus poderes *residuais*” (LEWANDOWSKI, E.R. **Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018).

Se este contexto, por si só, não é obviamente suficiente para aluir a higidez normativa do referido Decreto-Lei, é preciso tê-lo em conta para bem compreender a mudança de centro de gravidade representada pelo federalismo cooperativo da Constituição de 1988. Em meu voto na ADPF 109/SP, desenvolvi as premissas que também aqui guiarão minha compreensão:

“Impende, nada obstante, abrir as portas da hermenêutica constitucional à contemporaneidade. Há inegáveis diferenças entre o federalismo da Constituição de 1988 e o das que a antecederam. A primeira e talvez uma das mais fundamentais inovações foi a elevação do município a ente federativo. Como consequência da maior autonomia outorgada pela Carta, também se previu aos

ADPF 492 / RJ

municípios um conjunto de competências próprias. Assim, além da distribuição expressa de competências e da competência concorrente, técnicas previstas tanto pela Constituição de 1946, quanto pela Constituição de 1967, o atual Texto previu competências residuais (para os Estados) e locais (para os municípios), competências comuns e competências complementares extensíveis aos municípios (art. 30, II, da Constituição Federal). O conjunto de novos entes e de novas formas de repartição dos poderes tem promovido relações de cooperação e coordenação entre os entes federativos, processo que a doutrina chamou de **federalismo cooperativo**. Se, de um lado, a Corte manteve a jurisprudência que aplicava sobre a extensão do federalismo brasileiro, de outro, não pôde ainda explorar todas as inovações previstas pela Constituição de 1988” (ADPF 109/SP, Rel. Ministro Edson Fachin, Pleno, DJE 01/02/2019).

A análise do presente caso é indissociável desta evolução principiológica que passa a homenagear a inexistência de hierarquias *de jure* e *de facto* entre os entes federados. Por federalismo cooperativo deve-se entender o desenho de um espaço institucional no qual União, Estados e Municípios coordenam suas ações na forma da repartição de competências constitucionais. Em outras palavras, a Constituição da República não é limite da autonomia, senão antes condição de possibilidade do agir coletivo.

Feitas essas considerações, a atenção do interprete deve imediatamente se dirigir, quanto à matéria, ao regime de partição de competências inaugurado pelo texto constitucional. Verifica-se desde logo que, em sua literalidade, o art. 22, XX inscreve, entre as competências legislativas privativas da União, aquilo que denominou “sistemas de consórcio e sorteios”.

Em que pese intensa controvérsia acadêmica e jurisprudencial ao redor do conteúdo semântico da expressão, a Corte cristalizou o

ADPF 492 / RJ

entendimento segundo o qual a palavra “sorteios” designaria um rol amplo de jogos de azar que abrange atividades como bingo e loterias (cf., neste sentido, ADI 2.847/DF, Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 26/11/2004; ADI 3.147/PI, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 1404/2004; ADI 2.996/SC, Pleno, Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJ 29/09/2006; ADI 3.183/MS, Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 20/10/2006; ADI 3.277/PB, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22/02/2007).

Quando do julgamento da ADI 2.995/PE, o e. Ministro Celso de Mello, relator da ação, fez assentar que:

“A cláusula de competência inscrita no art. 22, XX, da Constituição da República atribui máximo coeficiente de federalidade do tema dos “sorteios” (expressão que abrange os jogos de azar, as loterias e similares), em ordem a afastar, nessa específica matéria, a possibilidade constitucional de legítima regulação normativa, ainda que concorrente, por parte dos Estados-membros, do Distrito Federal ou dos Municípios. Não assiste, ao Estado-membro, bem assim ao Distrito Federal, competência para legislar, por autoridade própria, sobre qualquer modalidade de loteria ou de serviços lotéricos” (ADI 2.995/PE, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28/09/2007).

Para assegurar a autoridade de seus precedentes e dar maior eficácia à interpretação do art. 22, XX da CRFB/88 ali colimada, o Supremo Tribunal Federal editou, no ano de 2007, a Súmula Vinculante nº 2, cujo teor se transcreve a seguir: “É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias”.

Afastou-se, assim, respeitável tradição doutrinária que entendia ser perfeitamente compatível a disciplina da repartição de competências constitucionais na matéria com a existência de loterias estaduais. Por todos, cito o estudo preparado pelo e. Ministro Luís Roberto Barroso:

“Os termos consórcio e sorteio são de utilização antiga no direito brasileiro, empregados na legislação

ADPF 492 / RJ

ordinária há mais de trinta anos. No conteúdo de um e de outro jamais esteve abrigado ou se pretendeu incluir a atividade ou serviço lotérico. (...) Nenhuma relação, portanto, com a exploração de loterias pelo Poder Público. (...) Deste modo, o sentido habitual com que a expressão “sistemas de consórcios e sorteios” é utilizada no direito brasileiro - tanto em sede legislativa como em sede doutrinária - não se refere à atividade de exploração de loterias. Atente-se para o fato de que o intérprete deve fiar-se no pressuposto de que, quando a nova Constituição mantém em algum dispositivo a mesma linguagem vigente no regime anterior, presume-se que não desejou alterar a interpretação que então se conferia ao preceito. (...) Veja-se, então: quando o constituinte se referiu a uma das modalidades lotéricas, utilizou a expressão “curso de prognósticos”, consignada no art. 195, inciso III. Previu-se neste dispositivo que uma das fontes de custeio da seguridade social no país seriam os concursos de prognósticos, definidos pela legislação ordinária como modalidade de loteria” (BARROSO, L.R. Loteria. Competência Estadual. Bingo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 220, p. 262-277, 2000).

Sob este pano de fundo normativo é que se pergunta se os arts. 1º e 32, caput e §1º, do Decreto-Lei 204/207, afiguram-se constitucionais.

Entendo haver uma antinomia apenas aparente entre o conteúdo da Súmula Vinculante nº 2 e o argumento em prol da inconstitucionalidade dos acima referidos dispositivos. Isto se dá, em verdade, porque o paradigma sumulado, a despeito de fixar a competência exclusiva da União para legislar sobre loterias, não aborda o regime administrativo de exploração da atividade econômica por parte dos Estados-membros. Essa discussão foi reconstruída pelo e. Ministro Cezar Peluso, que, citando as informações prestadas pela e. Ministra Ellen Gracie no bojo da ADPF 128, ponderou:

ADPF 492 / RJ

“Bem asseverou a Min. ELLEN GRACIE, ao prestar informações, que “as várias decisões desta Casa, todas prolatadas em ações diretas de inconstitucionalidade, que embasaram a edição da Súmula Vinculante nº 2 trataram tão-somente, (1) da caracterização das atividades de bingos e loterias como espécies de sistemas de consórcios e sorteios, bem como (2) do reconhecimento da competência privativa da União para desempenhar a atividade legiferante sobre esse tema” (fls. 227). Nas ações diretas que serviram de inspiração ao enunciado da súmula vinculante nº 2, nada se definiu sobre o regime de exploração dos serviços lotéricos pelos Estados, de sorte que “o debate desse assunto, de maneira inaugural, no procedimento de edição da Súmula ora em análise representaria manifesta extrapolação dos limites traçados pelos julgamentos que a fundamentaram” (fls. 227).” (ADPF/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 22/04/2008).

Conclui-se que as ações ora julgadas nos impelem a definir aquilo que havia sido deixado em aberto na jurisprudência que fundamentou a edição da Súmula Vinculante nº 2, a saber, a outorga constitucional de competência para explorar os jogos de natureza lotérica.

Nestes termos, entendo que a declaração de inconstitucionalidade do art. 1º e do caput e §1º do art. 32 do Decreto-Lei 204/207 não exige qualquer tipo de superação ou overruling da jurisprudência do Tribunal. Procede-se, apenas à aplicação de uma técnica de distinção.

Qual deve ser, então, a estrutura deste *distinguo*? Será necessário inquirir se, para além da atribuição de competência legislativa privativa da União que ressaí da inteligência conjunta do art. 22, XX da CRFB/1988 e da Súmula Vinculante nº 2, haveria uma competência material ou administrativa, conferida aos Estados, para a execução de atos típicos do Poder Executivo tendentes à exploração de loterias.

Parece-me que a resposta a este questionamento deve ser positiva.

As competências materiais ou administrativas, a despeito da

ADPF 492 / RJ

variação terminológica que a doutrina a elas atribui, designa um rol amplo de competências que excedem a atividade legislativa em sentido estrito. Raul Machado Horta, por exemplo, sugeria examiná-las a partir de uma especificação dos poderes materiais conferidos constitucionalmente à União, assim listando-os:

“Poderes Soberanos — Poderes de Defesa do Estado e da Estrutura Federal — Poderes de Administração e Fiscalização Econômico-Financeira - Poderes de Planejamento e Desenvolvimento — Poderes de Comunicação, Telecomunicação e Transportes — Poderes de Polícia e Segurança Federais — Poderes de organização — Poderes de atividade nuclear e monopolização de minérios nucleares e seus derivados — Poder de Anistiar — Poder de Regular” (HORTA, Raul Machado. **Organização Constitucional do Federalismo**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, v. 28-29, 1988).

Entretanto, ressaltava o constitucionalista mineiro, esse plano de atribuições é marcado por uma abertura material, uma vez que o art. 25, § 1º da CRFB/1988 deixa aos Estados-membros autonomia para exercer os poderes a eles não vedados constitucionalmente. Arremata o prof. Raul Machado Horta:

“O quinto plano da repartição de competência corresponde ao da atribuição aos Estados de duplo poder: o de organização própria, no exercício da autonomia constitucional, e o dos poderes reservados e não vedados pela Constituição Federal (Art. 25 e parágr. 1º). A Constituição de 1988 restaurou as linhas fundamentais do federalismo constitucional brasileiro, assegurando o convívio entre o poder de organização dos Estados e os poderes da Federação, de modo a não sufocar a autonomia constitucional na pura transplantação normativa de regras da Constituição Federal e extinguir os poderes reservados na preordenação

ADPF 492 / RJ

compulsória da Constituição Total” (HORTA, Raul Machado. **Organização Constitucional do Federalismo**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, v. 28-29, 1988).

Da leitura do art. 21 da Constituição da República, onde estão assentadas as competências materiais exclusivas da União, não se extrai qualquer referência ao poder administrativo de gestão privativa das atividades lotéricas. A rigor, nenhum dispositivo do texto constitucional autoriza a interpretação de que a União é a só legitimada para mobilizar a função executiva do Estado e explorar loterias. Reforça esta ideia o fato de que os jogos lotéricos não estão listados entre os monopólios da União do art. 177 da CRFB/1988.

Há que se concluir, portanto, que, nos termos da repartição de competências constitucionais, a hipótese dos autos recai sobre a cláusula de abertura do art. 25, §1º:

“Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.”

Quando do julgamento da ADI 2.847/DF, o e. Ministro Ayres Britto assentou exatamente esta posição, demarcando a distinção entre o objeto normativo que se cristalizou na Súmula Vinculante nº 2 e os atos de direito público orientados para a exploração de loterias:

“No uso, porém, de sua competência legislativa na matéria, a União não foi autorizada a reservar para si a exclusividade da exploração de sorteios, de modo a excluir a co-participação dos Estados e do Distrito Federal. E porque não se acha habilitada a monopolizar o setor (todo monopólio é matéria de reserva normativa de tomo constitucional), proibida está de impedir que essas duas tipologias de pessoa governamental façam uso da leitura residual que se extrai da leitura do art. 25 da Carta de Outubro” (ADI 2.847/DF, Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ

ADPF 492 / RJ

26/11/2004).

Fica clara, neste sentido, a incompatibilidade entre a norma pré-constitucional inscrita no art. 1º do Decreto-Lei 204/1967, que institui o monopólio da União na exploração dos jogos de loterias, e a repartição de competências da Constituição de 1988, que silencia sobre a competência material de exploração econômica das loterias e não elenca esta atividade como monopólio legítimo da União.

De igual modo, o art. 32, caput, e parágrafo primeiro, do referido Decreto, ao determinarem a impossibilidade de criação de novas loterias estaduais e restringirem as então existentes às quantidades de bilhetes e séries em vigor no ano de 1967, limitam a autonomia do Estado-membro para executar os autos de gestão necessários para a fruição de sua competência residual. Afinal, como assevera a professora Anna Cândida da Cunha Ferraz, as competências administrativas não excluem atividade normativa:

“Embora se cogite, na espécie, de poder, de execução de atividade ou de encargo, as competências gerais não excluem atividade normativa precedente, emanada da própria esfera de poder. Assim, por exemplo, a prestação, pelo município, de serviços públicos de interesse local, inclusive o de transportes coletivos (art. 30, V), demandará, com certeza, legislação municipal disciplinadora dessa atividade local” (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **União, Estados e Municípios na nova Constituição: enfoque jurídico-formal**. A nova Constituição paulista. São Paulo: Fundação Faria Lima, 1989).

Ao impedir a criação de novas loterias estaduais, e limitar as existentes ao nível de funcionamento que detinham em 1967, o Decreto-Lei 204/1967 estabelece relação antinômica com o sistema de normas constitucionais de atribuição de competência. Em outras palavras, ele restringe a competência do Estado-membro em nível superior ao autorizado pela Constituição da República.

O argumento aqui avançado não avilta a distinção entre

ADPF 492 / RJ

competências legislativas e materiais, nem tampouco menospreza a regra do art. 22, XX da CRFB/1988. Em verdade, promove-se uma leitura integradora, construindo-se uma perspectiva mais consistente da extensão dos poderes da União.

Como sói acontecer, o contraste entre a norma constitucional de repartição de competências e a realidade tem revelado um imenso entrelaçamento entre disciplinas transversais que permitem, a priori, a aplicação de múltiplos dispositivos. Ao afirmar-se que as loterias recaem sobre a esfera de competência residual dos Estados, não se nega a competência exclusiva da União para legislar sobre sorteios ou, no limite, para legislar sobre o Direito Penal – uma vez que a Lei de Contravenções Penais proíbe os jogos de azar privados. Está-se, antes, a defender uma leitura que compatibiliza a regulação originária, atribuída à União para regular a matéria, com a autonomia estadual para a gestão e a exploração das loterias.

Esta, aliás, não é uma técnica de repartição de competências desconhecida do legislador constitucional. Da análise do art. 22 extraem-se diversas instâncias que se assemelham ao problema aqui tratado, como os temas da desapropriação ou das diretrizes e bases da educação. O que há de comum entre estes objetos e as loterias é o fato de que a União é a só competente para legislar, criando originariamente disposições de natureza legal, sobre atividades que, em seguida, serão concretizadas administrativamente pelos Estados.

Uma vez mais, o Constituinte parece ter apontado para o caráter irredutivelmente cooperativo do federalismo de 1988.

4. A análise da ADI 4.986 decorre lógica e normativamente da apreciação anterior das ADPFs 492 e 493. Uma vez que se entenda que os arts. 1º e 32 do Decreto-Lei 204/1967 não foram recepcionados pela ordem constitucional vigente, o conjunto de normas estaduais impugnado pelo Procurador-Geral da República deve ser apreciado quanto a sua circunscrição às competências administrativas residuais dos Estados-membros.

Como assentei anteriormente, ainda que a forma-Decreto seja a

ADPF 492 / RJ

modalidade de produção normativa mais afeita à regulação típica das competências materiais, nada impede que o ente titular da competência a regule através de lei. O critério de distinção não se esgota no aspecto formal, albergando antes a natureza abstrata e geral da função legislativa. Há que se perquirir, portanto, do grau de autonomia para inovação na ordem jurídica.

Nestes termos, o magistério da professora Fernanda Dias Menezes de Almeida:

“Contudo, é óbvio que nem sempre o fato de se deferir privativamente à união a competência legislativa significa que só ela possa exercer a competência material correspondente. Em muitas hipóteses cabe ao poder central editar a lei que disciplinará o exercício de atividades pelas demais unidades da federação e pelos particulares em geral. É o que ocorre com a competência da união para legislar sobre direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial, do trabalho (art. 22, I); desapropriação (inciso II); **sistemas de consórcio e sorteios (inciso XX)**; propaganda comercial (inciso XXIX)” **(Competências na Constituição de 1988. 4ª edição, São Paulo: Atlas, 2007).**

Parece-me que o conjunto de dispositivos editados pelo Estado do Mato Grosso não inova na ordem jurídica de modo a usurpar a competência exclusiva da União. Da leitura dos artigos 1º a 10 da Lei nº 8.651/2007, do Estado de Mato Grosso, e dos Decretos 273/2011, 784/2011 e 918/2011, todos também do Estado de Mato Grosso, extrai-se a conclusão de que eles se limitam, por um lado, a reativar a loteria estadual que houvera sido criada anteriormente ao Decreto-Lei 204/1967, e, por outro, que se circunscrevem à regulação administrativa típica da função executiva.

É particularmente indicativo dessa circunstância que o art. 3º da Lei 8.651/2007 se refira, expressamente, ao quadro legal inaugurado pela legislação federal: “Art. 3º São modalidades de loterias federais em vigor

ADPF 492 / RJ

que poderão ser exploradas pela LEMAT no território do Estado de Mato Grosso”.

Porque não vai além do arcabouço normativo da legislação federal, nomeadamente aquele estabelecido pelas Leis nº 13.345/2006 e 13.756/2018, entendo que as normas estaduais impugnadas permanecem no limite legítimo do exercício da competência administrativa residual dos Estados.

5. Ante o exposto, voto pela procedência das ADPFs 492 e 493 para declarar a não recepção, pela Constituição da República, dos arts. 1º e 32º, caput e §1º do Decreto-Lei 204/1967.

Voto também pela improcedência da ADI 4.986.

É como voto.

30/09/2020

PLENÁRIO

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 492 RIO DE JANEIRO

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Ministro

Luiz Fux, eminente Presidente da Casa, Ministra Cármen Lúcia, egrégio Tribunal, Doutor Humberto Jacques, Vice-Procurador-Geral da República, Doutor José Levi, Advogado-Geral da União, senhores advogados, senhores servidores.

Eu, Senhor Presidente, observando aquela metodologia que foi, digamos assim, aplicada pela primeira vez - lembro-me, já há bastante tempo - por Vossa Excelência, tendo sido as teses colocadas com brilho, e eu estando integralmente de acordo com elas, vou me limitar a cumprimentar o eminente Relator pelo voto, a meu juízo, lapidar, proferido, fazendo um *distinguishing* perfeito entre a competência legislativa, em matéria de loterias, privativa da União, sem dúvida alguma, art. 22, XX, da Constituição Federal, e a competência material administrativa, que diz com a exploração de um serviço público, no caso, um serviço público de loteria, para acompanhar na íntegra Sua Excelência, reportando-me ainda à síntese efetuada pelo Ministro

ADPF 492 / RJ

Alexandre de Moraes e agora pelo Ministro Edson Fachin.

Julgo também, Senhor Presidente, procedentes as ADPFs, para entender não recepcionados, pela Constituição Federal de 1988, os arts. 1º e 32, *caput*, e § 1º do Decreto nº 1.204, de 1967, e improcedente a ADI 4.986, pedindo vênia a eventuais compreensões contrárias.

É o voto, Presidente.

23/09/2020

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 492 RIO
DE JANEIRO**

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, Senhores Ministros, Senhor Ministro-Relator, a quem cumprimento de uma forma especial, Senhor Vice-Procurador-Geral da República, senhores advogados.

Voltamos ao assunto do federalismo, que é tão caro ao constitucionalismo brasileiro e tão necessário ao País, neste caso específico, Presidente. A repartição de competências foi considerada pelo Ministro Campos Sales, quando Ministro da Justiça do Governo Provisório, no início da República, como o coração da federação. E estamos mais uma vez, nestes últimos meses, cuidando deste que é um assunto tão importante para que a gente não deixe fragilizar a federação brasileira.

O Ministro Gilmar Mendes, Relator, acho que assentou todos os dados que trouxe no meu voto, de que farei juntada. Algumas observações brevíssimas, Presidente, uma vez que também concluo exatamente como foi concluído pelo eminente Ministro-Relator em seu voto.

Em primeiro lugar, é bom chamar a atenção para o fato de que o Decreto-Lei n. 204 é de 67. Nesse momento, a Federação brasileira era o que o Paulo Bonavides chamava de federação de opereta e que o Raul Machado Horta chamava de federalismo formal, porque não havia a prática do federalismo.

Em segundo lugar, estamos falando de loteria. Deixo de tecer qualquer consideração sobre gosto ou desgosto de quem quer que seja sobre esse tema, o que não é o caso, já que estamos em sede jurídica, mas principalmente chamo a atenção para a circunstância de que qualquer que fosse o tema de qualquer norma infraconstitucional ou de documento legal que contribuísse ou levasse a fragilizar a igualdade entre os Estados da Federação, não poderia ser considerado recepcionado pela Constituição de 1988, porque é expressamente proibido, em uma federação, fazer distinção entre os estados.

Como foi aqui anotado, com muito realce, pelo Ministro-Relator, independentemente de ser esse tipo de atividade, a circunstância de se

Publicado sem revisão, Art. 95 RISTF.

entregar uma atividade a alguns estados e impedir ou proibir que outros a tenham, evidentemente, cria uma desonomia e isso significa exatamente o antifederalismo. Só por isso já seria inconstitucional, no caso, não recepcionado, o Decreto-Lei n. 204.

O Ministro-Relator e todos que votaram até agora fizeram a distinção entre competência legislativa e competência administrativa. Não há nenhuma dúvida de que o inciso XX do art. 22 estabelece a competência privativa da União para legislar, simplesmente, e competência administrativa, claro, está no espaço de autonomia de cada qual dos entes federados. Portanto, quando se fala em serviço público de utilidade pública, como é o serviço de loteria, para uma parte da doutrina e para a jurisprudência, estamos em sede de competência administrativa, que há de ser assegurada, claro, e cumprida nos termos da lei, lembrando sempre que aquela competência legislativa da União é para estabelecer normas gerais e, por isso mesmo, o que nós vamos ter basicamente é o que se estabelece pela União para que seja cumprido por todos os entes e pessoas.

Finalmente, sem entrar na questão da natureza do serviço, essa é uma atividade administrativa que a Constituição não proibiu. Então, não poderia ter sido cerceada pela União, como aqui foi enfatizado.

Por essa razão, a minha conclusão é no sentido da procedência das arguições de descumprimento de preceito fundamental e improcedência da ação direta de inconstitucionalidade, na mesma orientação, portanto, do voto do Ministro-Relator, a quem, mais uma vez, cumprimento.

Este é o voto, Presidente.

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 492 RIO DE JANEIRO

RELATOR	: MIN. GILMAR MENDES
REQTE.(S)	: GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	: EMERSON BARBOSA MACIEL
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Julgamento conjunto da ADPF 492 e 493 e da ADI 4.986

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Vogal):

1. Arguições de descumprimento de preceito fundamental, com requerimento de medida cautelar, ns. 492 e 493, ajuizadas, respectivamente, pelo Governador do Rio de Janeiro e pela Associação Brasileira de Loterias Estaduais – ABLE contra o art. 1º e o art. 32, *caput* e §1º do Decreto-lei n.º 204/1967, nos quais se dispõe sobre a exploração de loterias. Alega-se afronta ao princípio federativo (art. 1º, 18, 25, 37, *caput* e 60, § 4º da Constituição da República), ao princípio da não intervenção (art. 34 da Constituição da República) e a proibição de monopólio prevista no art. 177 da Constituição da República.

A ação direta de inconstitucionalidade n. 4.986/MT é ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra os arts. 1º a 10 da Lei 8.651/2007 e os Decretos 273/2011, 346/2011, 784/2011 e 918/2011, do Mato Grosso, que dispõe sobre a exploração de modalidades lotéricas pela Loteria do Mato Grosso, em alegada afronta à competência privativa da União para legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios prevista no inciso XX do art. 22 da Constituição da República.

Tem-se nas normas do Decreto-lei n. 204/1967 impugnadas:

ADPF 492 / RJ

*“Art 1º A exploração de loteria, como derrogação excepcional das normas do Direito Penal, constitui serviço público exclusivo da União não suscetível de concessão e só será permitida nos termos do presente Decreto-lei.
(...)”*

Art 32. Mantida a situação atual, na forma do disposto no presente Decreto-lei, não mais será permitida a criação de loterias estaduais.

§ 1º As loterias estaduais atualmente existentes não poderão aumentar as suas emissões ficando limitadas às quantidades de bilhetes e séries em vigor na data da publicação deste Decreto-lei”.

2. O Governador do Rio de Janeiro alega que a União *“tenta monopolizar a exploração dos concursos de prognósticos das Loterias (...) impedindo os outros entes federados de explorar tais modalidades, necessárias não só para ativar suas economias, mas também para o financiamento de suas ações sociais (incluindo a Seguridade Social, em atendimento ao comando do artigo 195, III, da CF/88)”*

Informa que *“o serviço público de loteria, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, ente do qual o autor é mandatário, é realizado pela LOTERJ (autarquia estadual vinculada a Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico)”* e que as atividades foram *“iniciadas em época anterior às ilegítimas ressalvas do Decreto-Lei n. 204/67, na esteira do antigo marco regulatório do jogo no país, que consolidou toda legislação nacional, por meio do Decreto n.º 21.143, de 10 de março de 1932, e, posteriormente, pelo Decreto-Lei n.º 6.259/44, na qualidade de sucessora dos serviços de loteria dos antigos Estado do Rio de Janeiro e Estado da Guanabara (estes últimos sucessores dos serviços de loteria do antigo Distrito Federal, como faz certo o Decreto-Lei Estadual n.º 138, de 23 de junho de 1975)”*.

Argumenta que o Decreto-lei n. 204/1967 *“não foi recepcionado pela Carta da República em pelo menos dois aspectos: a) ao estabelecer a exclusividade à União (art. 1º), enquanto serviço público, concorrencial e b) ao impor a sua*

ADPF 492 / RJ

manutenção em situação estática (art. 32, caput), congelada à 1967, ou seja, há 50 anos, inclusive ao proibir o aumento de emissões de loterias, ficando limitadas às quantidades de bilhetes e séries em vigor na data da promulgação (art. 32, § 1º)."

Insiste que "a competência legislativa da União Federal sobre loterias não lhe autoriza a reservar para si a exclusividade da exploração de sorteios, sobretudo para excluir a coparticipação dos Estados e do Distrito Federal."

3. *A Associação Brasileira de Loterias Estaduais - ABLE assevera que o art. 1º, art. 32, caput e §1º do Decreto-lei n.º 204/1967, "conferem, ao arrepio do art. 21, XI e XII e 177 da CF, verdadeiro monopólio à União para exploração de serviços de Loteria e da criação de um ambiente de franca desigualdade entre os entes da Federação".*

Anota não estar a "tratar de modalidades de Loterias sem previsão na legislação federal (...) mas, ao contrário, apenas de produtos explorados pelas Loterias nos termos da legislação federal".

Explica que "a União, com base na sua peculiar interpretação dos referidos dispositivos legais, tem criado situações constrangedoras aos entes federados, afirmando que as Loterias Estaduais seriam ilegais."

Prossegue esclarecendo que "a União admite que, por força do arts. 1º e 32 do DL n. 204/67, os Estados-membros de Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Santa Catarina, São Paulo, Goiás, Rondônia, Pará, Bahia, Piauí, Paraíba, Ceará e Pernambuco estariam autorizados a explorar serviços de Loteria (com limites quantitativos da indigitada norma ora impugnada), mas, absurda e paradoxalmente, não admite a exploração dos mesmos serviços de Loteria nos Estados-membros do Paraná, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Acre, Amazonas, Tocantins, Roraima, Maranhão, Rio Grande do Norte, Sergipe e Alagoas, além do Distrito Federal".

Enfatiza serem "inúmeras as ações judiciais aforadas pelo Ministério

ADPF 492 / RJ

Público Federal e processos administrativos promovidas pelo Ministério da Fazenda, através da sua Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE/MF, em face das Loterias Estaduais”

Esclarece que, nos quinze Estados da Federação autorizados a explorar serviços de loteria, a venda de bilhetes é limitada à quantidade explorada há cinquenta anos.

Informa que o Ministério da Fazenda “por meio de sua Secretaria Especial de Acompanhamento Econômico (SEAE/MF), divulgou em seu site oficial a Nota (anexo), em que afirma que a União detém o monopólio da exploração de Loterias e que apenas os Estados-membros podem explorá-las regularmente por força do ‘direito adquirido’, fazendo referência única ao Decreto-Lei n. 204/67, o que derrui a segurança jurídica e constitui tratamento díspar e inconstitucional aos entes federados”

Alerta haver uma “tentativa de criação de um verdadeiro monopólio, em favor da União, em relação à exploração de serviços de Loteria”.

Afirma ofensa aos seguintes preceitos fundamentais:

“a) O Princípio Federativo e os Princípio da Autonomia e Isonomia dos Entes Federativos (CF, arts. 1º, 5º, 18, 19 e 60, § 4º, I, da CF);

b) Os Princípios que regem a fixação da competência político-administrativa e da competência residual dos Estados (art. 25, § 1º, da CF);

c) O Princípio da Vedação de Monopólio, salvo aqueles expressos na Constituição (artigos 21, XI e XII e 177 da CR/88); d) O Princípio da Eficiência (arts. 37 e 175, IV, da CF).”

Ressalta que “loteria é atividade estatal atípica, ou seja, não se trata de serviço público propriamente dito e nem de atividade econômica, considerada uma atividade estatal de fomento para financiar a Seguridade Social, nos termos do art. 195, III, da CF”, pelo que “impedir a sua exploração pelos estados, por

ADPF 492 / RJ

meio de sorteios e concursos de prognósticos legalizados por Lei federal, significa permitir à União interferir no orçamento dos Estados, o que é inconstitucional.”

Consigna que este Supremo Tribunal Federal, em ações diretas de inconstitucionalidade, *“ressalvou (...) as Lei Estaduais instituidoras das Loterias nos Estados-Membros editadas antes do DL n. 204/67 [e] assegurou o direito à continuidade da prestação dos serviços pelas respectivas Loterias Estaduais, nos limites e com respeito à Lei federal.”*

4. O Procurador-Geral da República ajuíza a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.986/MT e explica que a Loteria do Estado do Mato Grosso - LEMAT *“foi instituída pela Lei estadual 363/1953, portanto, em momento anterior ao Decreto-Lei 204/67, que consagrou o monopólio da União para explorar o serviço público de loteria e preservou as loterias estaduais já existentes nos estritos limites em que atuavam à época.”*

Informa que, *“referida loteria estadual foi extinta pelo Decreto 406/1987, com fundamento em autorização conferida pela Lei estadual 4.664/1984”*

Noticia ter Mato Grosso iniciado a reativação de sua loteria com a edição da Lei n. 8.651/2007 e, na sequência, teria expedido os decretos 273/2011, 346/2011, 784/2011 e 918/2011, em desobediência à competência privativa da União para legislar sobre o assunto (art. 22, ic. XX).

Argumenta que, *“ainda que se considere constitucional a reativação da LEMAT, a Lei 8.651/2007 desrespeitou os limites estabelecidos pelo Decreto-Lei 204/67, na medida em que ampliou os serviços de loteria e instituiu novas modalidades lotéricas, quais sejam as loteria instantânea e numérica (art. 3^o, I e II, Lei 8.651/2007).”*

Observa que, pela jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, *“as leis estaduais que disponham sobre as loterias mantidas pelo Decreto-Lei*

ADPF 492 / RJ

204/1967 somente podem regulamentar aspectos administrativos e organizacionais, não se admitindo a criação de novas espécies lotéricas.”

5. Os pedidos formulados nas ações são:

a) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 492: *seja julgada procedente a arguição “reconhecendo-se a violação aos preceitos fundamentais ora invocados, em especial, a forma federativa do Estado brasileiro, a não-intervenção e a proibição de monopólio por norma infra-constitucional, não apenas com relação aos atos emanados da União, por intermédio do Ministério da Fazenda mas quanto à não-recepção, pela Constituição Federal de 1988, dos artigos 1º, 32 caput e 32, §1º do Decreto-Lei n.º 204 de 1967, declarando-os expurgados da ordem jurídica vigente, garantindo-se ao Estado do Rio de Janeiro a competência político-administrativa para, no âmbito do seu território, explorar os serviços lotéricos, de concursos e prognósticos, observada a competência privativa da União para legislar inovadoramente sobre o tema.”*

b) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 493: *“seja julgado procedente o pedido para que os arts. 1º e 32, caput e § 1º, do DL n. 204/1967 sejam, com eficácia erga omnes e efeitos vinculantes, declarados como não recepcionados pela Constituição Federal de 1988.”*

c) Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.986/MT: *“seja julgado procedente o pedido, a fim de que seja a declarada a inconstitucionalidade dos arts. 1º a 10 da Lei n. 8.651/2007 e dos Decretos 273/2011, 346/2011, 784/2011 e 918/2011, todos do Estado de Mato Grosso, ou, subsidiariamente, caso assim não se entenda, dos incisos I e II do art. 3º da referida Lei 8.651/2007.”*

6. O Ministro Gilmar Mendes, Relator, adotou o rito do art. 12 da Lei n. 9.868/1999 nas arguições de descumprimento de preceito fundamental e na ação direta de inconstitucionalidade.

ADPF 492 / RJ

7. O Presidente da República prestou informações nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental ns. 492 e 493 (e-doc. 82 e e-doc. 51).

8. O Governador do Mato Grosso prestou informações na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.986/MT (e-doc. 18).

9. O Advogado-Geral da União manifestou-se pelo não conhecimento das arguições e, no mérito, pela improcedência dos pedidos (e-doc. 84 e e-doc. 61).

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.986/MT, o Advogado-Geral da União manifestou-se pela procedência do pedido (e-doc. 24).

10. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento das arguições e, no mérito, pela improcedência dos pedidos:

“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ARTS. 1º E 32-CAPUT-§1º DO DECRETOL 204/1967. ATOS DA SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. LIMITAÇÃO DA EXPLORAÇÃO DE LOTERIAS PELO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. PRELIMINAR. INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. MÉRITO. REGIME DE PRIVILÉGIO DA UNIÃO QUANTO À PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE LOTERIA. NÃO CONFIGURAÇÃO DE INTERVENÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE AFRONTA AO ART. 177 DA CF. NÃO OCORRÊNCIA DE AFRONTA À AUTONOMIA DOS ESTADOS. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Cabe ao próprio Governador do Estado firmar petição inicial de arguição de descumprimento de preceito fundamental (CR, art. 103-V). Deve ser concedido prazo para que o Chefe do Executivo estadual ratifique petição inicial subscrita por Procurador do Estado, caso concorde com a propositura. Precedentes. 2. A partir da Constituição de 1988, legislar sobre sorteios, inclusive loteria, é competência privativa da

ADPF 492 / RJ

União (CR, art. 22-XX). 3. Sob a égide do Decreto-lei 204/1967, a exploração dos serviços de loteria passou a ser atividade exclusiva da União. Os arts. 32 e 33 mantiveram os serviços de loteria estaduais existentes, limitadas às quantidades de bilhetes e séries em vigor na data da publicação da norma. 4. Definição do regime de privilégio da União para exploração do serviço de loteria não afronta as normas sobre monopólio previstas no art. 177 da Constituição. 5. Não configuração de hipótese indevida de intervenção federal pela atuação de órgão federal na fiscalização de serviços de loterias prestados pelos Estados. 6. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é consolidada pela impossibilidade de criação de novas modalidades de loterias pelos Estados. Recepção do DL 204/1967 afirmada, ainda que em obiter dicta, em precedentes do STF. 7 Não procede a pretensão do Estado do Rio de Janeiro de ter reconhecida, por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental, a competência para explorar serviços de loteria nos mesmos moldes das atividades realizadas pela União. Providência desse teor resultaria em afronta aos princípios da legalidade, da separação dos poderes e da repartição de competências entre entidades federadas. - Parecer pelo não conhecimento da arguição e, no mérito, pela improcedência do pedido” (e-doc. 82).

Competência Privativa da União para legislar sobre atividade lotérica

11. O inciso XX do art. 22 da Constituição da República estabelece ser de competência privativa da União legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios:

*“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
XX- sistemas de consórcios e sorteios”*

Este Supremo Tribunal firmou o entendimento de que, no termo “sorteios”, inclui-se a atividade lotérica:

“Lei estadual. Proibição de máquinas caça-níqueis, de videobingos, de videopôquer e assemelhadas. Inconstitucionalidade.

ADPF 492 / RJ

Precedentes da Suprema Corte.

1. Esta Suprema Corte já assentou que a expressão “sistema de sorteios” constante do art. 22, XX, da Constituição Federal alcança os jogos de azar, as loterias e similares, dando interpretação que veda a edição de legislação estadual sobre a matéria, diante da competência privativa da União.

2. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente” (ADI 3.985/SP, Relator o Ministro Menezes Direito, Plenário, DJe 29.8.2008).

No julgamento da ADI 2.690/RN o Ministro Gilmar Mendes, quanto à expressão “sorteios”, salientou:

“Considerada a letra do Texto Constitucional, penso que não há como excluir as loterias do âmbito normativo do inciso XX do art.22 da Constituição Federal de 1988. E o fato de haver, na Constituição, outros dispositivos com referências específicas a concursos de prognósticos não me parece suficiente para se estabelecer uma exclusão das loterias daquilo que se entende, no vernáculo, por sorteio.

A primeira definição de loteria, no Dicionário Houaiss, é justamente a de “sistema ou maneira de distribuir prêmios entre os indivíduos de um grupo por obra da eventualidade ou por sorteamento. E o mesmo Houaiss, ao definir a palavra sorteio, usa como exemplo as loterias (Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa). Como é usual no âmbito das normas constitucionais, penso que aqui a Constituição adota justamente esse uso comum da expressão sorteio, que incorpora um tipo específico de sistema de sorteio, que é a loteria.

E não há dúvida de que a adoção de uma interpretação restritiva, na espécie, acabaria por retirar o significado normativo da decisão constituinte prevista no art. 22, XX, da Constituição Federal” (ADI 2.690/RN, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJ 20.10.2006).

Em reiterados julgamentos, este Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de leis estaduais que dispunham sobre serviço de loterias e jogos de bingo por ofensa ao inciso XX do art. 22 da

ADPF 492 / RJ

Constituição da República, o que resultou na edição da Súmula Vinculante n. 2:

“É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.”

A atividade lotérica como serviço público

12. A atividade lotérica está regulamentada pelo Decreto-lei n. 204/1967 que, em seu art. 1º, estabelece sua condição de serviço público:

“Art 1º A exploração de loteria, como derrogação excepcional das normas do Direito Penal, constitui serviço público exclusivo da União não suscetível de concessão e só será permitida nos termos do presente Decreto-lei.

Parágrafo único. A renda líquida obtida com a exploração do serviço de loteria será obrigatoriamente destinada a aplicações de caráter social e de assistência médica, empreendimentos do interesse público.”

O Decreto n. 21.143/1932, o primeiro a cuidar do serviço de atividade lotérica, já registrava, em seu art. 20, sua condição de serviço público:

“Art. 20. São consideradas como serviço público as loterias concedidas pela União e pelos Estados.”

Hely Lopes Meirelles leciona:

“O conceito de serviço público não é uniforme na doutrina, que ora nos oferece uma noção orgânica, só considerando como tal o que é prestado por órgãos públicos; ora nos apresenta uma conceituação formal, tendente a identificá-lo por características extrínsecas; ora nos expõe um conceito material, visando a defini-lo por seu objeto. Realmente, o conceito de serviço público é variável e flutua ao sabor das necessidades e contingência políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico, como

ADPF 492 / RJ

acentuam os modernos publicistas”(MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 24. ed.,1999, p. 297).

Esse doutrinador define serviço público como sendo *“todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do estado.”*

Alerta não se poder *“indicar as atividades que constituem serviço público, porque variam segundo as exigências de cada povo e de cada época.”*

Ressalta não se poder afirmar, ainda, serem as *“atividades coletivas vitais que caracterizam os serviços públicos, porque ao lado destas existem outras, sabidamente dispensáveis pela comunidade, que são realizadas pelo Estado como serviço público.”*

Hely Lopes Meirelles cita, como exemplo de serviços públicos dispensáveis pela coletividade, mas prestados pelo próprio Estado, os serviços lotéricos.

13. Os autores das arguições de descumprimento de preceito fundamental alegam contrariedade ao art. 177 da Constituição da República, pois a União estaria a *“monopolizar a exploração dos concursos de prognósticos das Loterias.”*

Em 5.8.2009, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 46, este Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de distinguir a atividade econômica em sentido estrito, do serviço público e assentar que o monopólio existe apenas quanto à atividade econômica em sentido estrito empreendida por agentes econômicos privados:

“EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE

ADPF 492 / RJ

PRECEITO FUNDAMENTAL. EMPRESA PÚBLICA DE CORREIOS E TELEGRÁFOS. PRIVILÉGIO DE ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIAS. SERVIÇO POSTAL. CONTROVÉRSIA REFERENTE À LEI FEDERAL 6.538, DE 22 DE JUNHO DE 1978. ATO NORMATIVO QUE REGULA DIREITOS E OBRIGAÇÕES CONCERNENTES AO SERVIÇO POSTAL. PREVISÃO DE SANÇÕES NAS HIPÓTESES DE VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL. COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL VIGENTE. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 1º, INCISO IV; 5º, INCISO XIII, 170, CAPUT, INCISO IV E PARÁGRAFO ÚNICO, E 173 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E LIVRE INICIATIVA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. ARGUIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO CONFERIDA AO ARTIGO 42 DA LEI N. 6.538, QUE ESTABELECE SANÇÃO, SE CONFIGURADA A VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL DA UNIÃO. APLICAÇÃO ÀS ATIVIDADES POSTAIS DESCRITAS NO ARTIGO 9º, DA LEI.

1. O serviço postal --- conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado --- não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público.

2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar.(...)” (DJe. 26.2.2010).

Apesar do alegado pelo autor, os serviços lotéricos regulamentados pelo Decreto-lei n. 204/1967 são tidos, na doutrina e na jurisprudência brasileira, como serviço público. Neste contexto constitucional,

ADPF 492 / RJ

inaplicável à espécie o art. 177 da Constituição da República.

Ausência de exclusividade da União para exploração do serviço público de loteria

14. O art. 21 da Constituição da República não atribui à União a exclusividade desse serviço público, como o fez, por exemplo, com o serviço postal.

Nos art. 32 e 33 do Decreto-lei n. 204/1967 se tem autorização para a manutenção das loterias estaduais, mas apenas aquelas existentes em 1967.

Impõe, ainda, esse decreto-lei, proibição de criação de novas loterias, além de limitação quanto à quantidade de bilhetes e séries a serem emitidos:

“Art 32. Mantida a situação atual, na forma do disposto no presente Decreto-lei, não mais será permitida a criação de loterias estaduais.

§ 1º As loterias estaduais atualmente existentes não poderão aumentar as suas emissões ficando limitadas às quantidades de bilhetes e séries em vigor na data da publicação deste Decreto-lei”

§ 2º A soma das despesas administrativas de execução de todos os serviços de cada loteria estadual não poderá ultrapassar de 5% da receita bruta dos planos executados.

Art 33. No que não colidir com os termos do presente Decreto-lei, as loterias estaduais continuarão regidas pelo Decreto-lei n. 6.259, de 10 de fevereiro de 1944.”

15. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal assentou-se no sentido de que os Estados poderiam manter suas loterias desde que nos termos autorizados pelo art. 32 do Decreto-lei n. 204/1967.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.690/RN, o Ministro Gilmar Mendes, Relator, salientou não se poder autorizar competência ao entes federados para legislar sobre serviços lotéricos em

ADPF 492 / RJ

razão do que estabelece o inciso XX do art. 22 da Constituição da República e acrescentou não importar esse entendimento proibição de manutenção das loterias estaduais existentes, desde que se observe o § 1º do art. 32 do referido Decreto-lei:

“Outrossim, não se está, com a presente decisão, inovando quanto à proibição de criação de loterias estaduais, já que o Decreto-Lei nº 204/67, ainda em vigor, dispõe:

“Art. 32

(...)

O entendimento registrado pelo Min. Jobim, mencionando o Min. Peluso e o Min. Carlos Britto, no julgamento da ADI 2.847/DF, é de que as loterias estaduais podem ser mantidas, desde que autorizadas pela legislação federal. Além disso, infere-se do referido Decreto-lei nº 204/67 que as loterias estaduais já existentes podem, eventualmente, ser mantidas desde que observem o § 1º do art. 32 do referido Decreto-lei (“As loterias estaduais atualmente existentes não poderão aumentar as suas emissões ficando limitadas às quantidades de bilhetes e séries em vigor na data de publicação deste Decreto-lei”).

Dessa forma, diante da clareza do texto constitucional e tendo em vista os problemas que poderiam acarretar uma redução teleológica do art. 22, XX, da Constituição Federal, entendo que talvez as críticas devam limitar-se aqui a aspectos que dizem respeito à própria opção do Constituinte” (ADI 2.690/RN, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJ 20.10.2006).

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.995/PE este Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 12.343/2003, de Pernambuco. Naquela assentada o Ministro Celso de Mello, Relator, esclareceu que Pernambuco teria inovado nas modalidades lotéricas autorizadas pelo Decreto-lei 204/1967, o que resultaria em sua inconstitucionalidade:

“É importante assinalar, Senhora Presidente, que o Estado de Pernambuco - que poderia, até mesmo, manter o serviço de loteria, tal como existente no momento da edição do DL nº 204/67 (art. 32) - desrespeitou, no entanto, os limites veiculados nesse diploma

ADPF 492 / RJ

legislativo promulgado pela União Federal, vindo, com fundamento na legislação estadual ora questionada nesta sede de fiscalização abstrata, não só a ampliar os serviços de loteria, mas, sobretudo, a instituir novas modalidades lotéricas sequer previstas pelo DL nº 204/67, como aquelas referidas no art. 8º da Lei pernambucana nº 12.343/2003: loteria de números, loteria instantânea, vídeoloteria, sistema lotérico “on line/real time”, bingo e loteria mista.”

16. A competência privativa da união para legislar sobre o assunto e estabelecer, assim, normas gerais, e a proibição de que os Estados inovem nessa matéria, não significa que a União detenha a exclusividade da exploração desse serviço.

Conforme anotei, o serviço público de atividade lotérica não está incluído no rol do art. 21, do que se depreende não ser serviço entregue à atuação exclusivo da União.

Poder legislar a respeito de normas gerais de um serviço público não significa poder desautorizar sua exploração pelos Estados, ou como se deu na espécie, de forma anti-isonômica, a apenas alguns Estados.

A autora da ADPF 493 alertou que “os Estados-membros de Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Santa Catarina, São Paulo, Goiás, Rondônia, Pará, Bahia, Piauí, Paraíba, Ceará e Pernambuco estariam autorizados a explorar serviços de Loteria (com limites quantitativos da indigitada norma ora impugnada), mas, absurda e paradoxalmente, (...) [os] Estados-membros do Paraná, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Acre, Amazonas, Tocantins, Roraima, Maranhão, Rio Grande do Norte, Sergipe e Alagoas, além do Distrito Federal [não estariam autorizados]”.

Lembro que o inc. III do art. 195 da Constituição da República dispõe ser a receita de concurso de prognósticos utilizada para financiar a seguridade social:

“Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a

ADPF 492 / RJ

sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

A possibilidade de financiamento da seguridade social com a receita advinda do serviço lotérico evidencia, ainda mais, a impossibilidade de conferir tratamento distinto aos Estados brasileiros.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.847/DF, o Ministro Ayres Britto, em voto vista, realçou a necessidade de se traçar, por lei nacional, as normas gerais a respeito do sistema de sorteios, mas alertou ser imperativo o tratamento isonômico entre os Estados:

*“23. Há mais o que dizer. A normatização estadual ou distrital de caráter específico pressupõe uma simultânea ou, quando menos, uma anterior legislação de caráter inespecífico. E de autoria, sobremais, da própria esfera de Poder autorizante: a União Federal. Noutros termos, para que o Distrito Federal e os Estados-membros possam legislador sobre aspectos específicos de um dado sorteio”, é preciso que haja uma lei federal complementar que trace o regime jurídico central desse mesmo tipo de jogo ou loteria. Que o denomine e diga em que ele consiste. Quem responde pela sua empírica instituição. Qual o modo de operacionalizá-lo. Que faculdades, direitos, vedações, obrigações, ônus e bônus assistem aos apostadores ou concorrentes. Forma de pagamento do jogo e recebimento de prêmio, ou outra condição para recebê-lo. Procedimento recursal. A possibilidade de se explorar a atividade por forma exclusivamente pública ou privada, ou mistamente pública ou privada. E antecedendo a tudo, o processo mesmo de apostar ou competir. **Aí, por certo, já atribuída uma identidade a cada qual dos jogos ou competições**, o que sobejar é que pode ser objeto de autorização dita específica, para adaptar a concreta exploração de um determinado sorteio a decisões e estruturação administrativas de cada Estado-membro (e aqui é de se lembrar a concreta formação de Conselhos de Administração e Fiscalização, assim como o*

ADPF 492 / RJ

direcionamento de receitas para custeios desse ou daquele programa governamental).

24. Esta precedência de uma legislação federal complementar que tipifique ou personalize cada qual dos sorteios é tanto mais necessária quanto se considere que as pessoas estatais federadas não podem criar “preferências entre si”, pois a tanto se opõe a regra do inciso III do art. 19 da Lei Republicana, assim legendado:

“Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - (...);

III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.”

25. Aplicado à figura dos sorteios, dessarte, o dispositivo constitucional transcrito só comporta exegese federativamente isonômica ou uniforme em suas linhas gerais (por isso que inespecíficas, dissemos). Sem favorecimentos assumidos, ou enrustidos, até porque uma parte, quando não a totalidade, das receitas provenientes das apostas ou participações populares é, afinal, receita que se agrega ao Tesouro para financiamento de políticas públicas. Sendo que uma determinada aposta já se encontra constitucionalmente prevista como base de cálculo de contribuição social. Refiro-me aos sorteios que levam o nome de “concursos de prognósticos”, assim denominados por reclamarem do apostador uma postura subjetiva de indicação dos números ou símbolos ou imagens ou nomes com que pretendem competir com os demais jogadores (caso típico dos sorteios designados por “loteria esportiva”, “quina”, “mega-sena”, “dupla sena”, etc.). Mas sem que essa prognose, comportando, como toda prognose, o manejo de alguns dados objetivos, descaracterize o concurso como espécie do gênero “sorteio”. (ADI 2.847/DF, Relator o Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 26.11.2004, grifos no original).

17. Ademais, a desautorização aos Estados, por lei nacional, para explorar serviço público sobre o qual a União não detém o privilégio da exclusividade ofende o § 1º do art. 25 da Constituição o qual garantiu, a estes, a competência administrativa que não tenha sido conferida àquele primeiro ente:

ADPF 492 / RJ

“Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

A respeito da distinção entre competência privativa para legislar e competência administrativa para explorar determinado serviço público, o Ministro Ayres Britto no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.847/DF realçou:

“se é correto ajuizar que apenas a União pode originariamente legislar sobre essa ou aquela espécie de sorteio (e assim excluí-lo de ilicitude contravencional), não parece verdadeiro, contudo, afirmar que somente ela pode explorá-lo.

*31. Explico-me. A competência para legislar inovadoramente é sempre da União. Ela é que foi aquinhoada com a força de normar sobre o assunto, privativamente. Seja no plano das normas gerais de um dado sorteio, seja no plano da autorização para que os Estados-membros e o Distrito Federal passem a legislar em caráter específico (hipótese em que a lei federal terá que ser de índole complementar). Contudo, instituído, ou autorizado que seja um determinado jogo pela pessoa jurídica central da Federação (ainda que por lei ordinária, tão-somente), **qualquer das duas unidades estatais periféricas (Estado-membro ou Distrito Federal), pode concorrer com ela, União Federal.** Pode, no território de cada qual delas, competir com o Governo Central pela preferência dos apostadores. Desde que se utilize das mesmíssimas normas federais de regência do tema, com adaptações apenas de ordem mecânica ou linear; isto é, adaptações ditadas pelas naturais diferenças de organização administrativa de cada uma dessas pessoas federadas periféricas”(ADI 2.847/DF, Relator o Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 26.11.2004, grifos no original).*

18. Os dispositivos impugnados do Decreto-lei n. 204/1967 autorizaram à União privilégio de um serviço público em contrariedade aos art. 21 e 25, § 1º da Constituição da República.

ADPF 492 / RJ

Anoto que aquele documento normativo antecede a Constituição de 1988 e foi editado em período em que a federação estava inteiramente fragilizada.

19. Anoto tramitar na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 9237/2017 que altera o art. 1º e revoga o art. 32 do Decreto-Lei nº 204/1967 para permitir a exploração do serviço público de loterias pelos Estados. Tem-se na justificção daquele projeto:

“A proposição acima busca corrigir evidente violação ao Pacto Federativo, pois o Decreto-Lei nº 204, de 24 de fevereiro de 1967, que dispõe 2 sobre a exploração de loterias, possui dispositivos não recepcionados pela Carta Política de 1988. Dentre eles, os arts. 1º e 32, que estabelecem que a exploração de loterias constitui serviço público exclusivo da União, sendo vedada sua exploração pelos Estados.

Tais dispositivos possuem raízes no Ato Institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966. Naquela época, com o Congresso Nacional em recesso forçado e a centralização do poder pelo regime em voga buscou impedir a criação de novas loterias estaduais, bem como cercear a atividade das que existiam à época. Tal estratégia, importante notar, buscou limitar a autonomia dos demais entes da Federação e, nesse passo, limitar a quantidade de bilhetes e séries que cada Estado poderia emitir, incluindo o percentual a ser gasto com as despesas administrativas, tudo como instrumento de supressão das capacidades políticas dos Estados.”

Voto no sentido de julgar procedentes as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental ns. 492 e 493 para declarar não recepcionados pela Constituição da República os artigos 1º e 32, caput e §1º do Decreto-lei n. 204/1967 e julgar improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.986/MT.

30/09/2020

PLENÁRIO

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 492 RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida cautelar, em face dos arts. 1º e 32, *caput*, e § 1º do Decreto-Lei 204/1967, que dispõe sobre a exploração de loterias, e que possuem a seguinte redação:

“Art 1º A exploração de loteria, como derrogação excepcional das normas do Direito Penal, constitui serviço público exclusivo da União não suscetível de concessão e só será permitida nos termos do presente Decreto-lei.

(...)

Art 32. Mantida a situação atual, na forma do disposto no presente Decreto-lei, não mais será permitida a criação de loterias estaduais.

§ 1º As loterias estaduais atualmente existentes não poderão aumentar as suas emissões ficando limitadas às quantidades de bilhetes e séries em vigor na data da publicação dêste Decreto-lei”.

O governador do Estado do Rio de Janeiro sustenta, em suma, que

“a exclusividade do serviço público de Loterias conferida, indevidamente, à União (art. 1º do DI n. 204/67), em detrimento dos Estados-membros, desestabilizando o Pacto Federativo, confronta preceitos fundamentais constitucionais vigentes, especialmente, por: a) inexistir previsão e/ou amparo constitucional atribuindo, a exclusividade à União, enquanto serviço público concorrencial, e, da mesma forma, como atividade econômica, cujo rol, em seu favor, é taxativo, '*numerus clausus*', do art. 177 da CR, não passível, inclusive, de sua

ADPF 492 / RJ

criação, em seu favor, por legislação infraconstitucional; e, assim, b) violar a competência residual à exploração pelos entes-federativos estaduais e Distrito Federal (art. 25, § 1º), considerando, em modo contrário; c) violar a regra do princípio constitucional da isonomia entre os Estados (art. 5º, *caput*, da CR), não excepcionada, no caso, pela Constituição; d) comprometer diretamente a sagrada receita, e, conseqüentemente, seus orçamentos, assegurados federativamente”.

Afirma, também, que os limites de emissão de bilhetes (art. 32 do DL nº 204/67) ofendem o princípio da eficiência e “o princípio da isonomia entre os Estados (art. 4º, V), pois só ocorre com eles. Ou se estenderia, também, à União, ou não se exigiria de qualquer um ente federativo”.

O Ministro Relator adotou o rito do art. 12 da Lei 9.868/99.

O Presidente da República manifestou-se pela improcedência do pedido. Entretanto, defende

“ser possível a operacionalização de jogos lotéricos na esfera estadual pela LOTERJ, desde que a exploração fique adstrita à modalidade lotérica de bilhetes impressos, previamente numerados e com premiação prefixada, e desde que mantida a comercialização da mesma quantidade de bilhetes e séries oferecidos ao público apostador na data de publicação do Decreto-Lei nº 204, de 1967, ficando vedada, a partir de então, a exploração de loterias de sorteios de números, instantâneas ou qualquer modalidade de loteria diversa das permitidas no aludido Decreto-Lei”.

O que se discute nestes autos, portanto, é saber se é constitucional a exclusividade da União sobre a exploração do serviço de loterias, bem como a limitação da emissão de bilhetes pelas loterias estaduais já existentes na data do ato impugnado.

ADPF 492 / RJ

Digo, desde logo, que acompanho o eminente Relator *in totum*. Sua Excelência, a meu ver, lembrou muito bem algo que se chama, no federalismo, de competência residual dos estados.

Essa é uma instituição que vem desde as primeiras cogitações do federalismo que foram feitas, levadas a efeito, pelos constituintes dos Estados Unidos da América em 1786. As treze ex-colônias que se tornaram independentes da metrópole britânica em 1776 se uniram, primeiramente, numa confederação, num segundo momento, numa federação, adotando uma constituição única, e outorgaram ao governo central algumas competências enumeradas taxativamente e mantiveram, em suas mãos, as chamadas competências residuais ou a competência residual.

E essa competência residual, esse instituto vem se repetindo em nossas Constituições. Na presente Carta Magna de 1988, ela encontra abrigo justamente no § 1º do art. 25, que estabelece que todas as competências que não sejam vedadas aos estados ou que não tenham sido outorgadas à União, podem ser perfeitamente exercidas. E não há, em nenhum trecho da nossa Lei Maior, uma proibição a que os estados explorem as loterias.

O Ministro Gilmar Mendes elaborou muito bem sobre essa temática. O Ministro Alexandre de Moraes nos brindou agora, de forma sintética, com essa distinção que já foi feita pelo Relator, mas que Sua Excelência novamente fez, entre a competência legislativa, que é da União, e a competência administrativa ou material de explorar as loterias, que é, sem dúvida alguma, dos estados. Então, parece-me que essa matéria ficou absolutamente pacificada.

E a solução a que o Supremo parece chegar é a que mais prestigia a possibilidade de os estados auferirem recursos neste momento em que os

ADPF 492 / RJ

respectivos erários estão depauperados, especialmente pelo exagero da implementação de contribuições sociais e de contribuições de intervenção no domínio econômico, que não entram nos fundos de repartição tributária, nos fundos fiscais, beneficiando os estados. Portanto, os estados hoje, nesta situação complicada em que se encontram do ponto de vista orçamentário, parece-me que têm, na exploração das competências, uma fonte de recursos que podem e devem, a meu ver, ser explorados.

Portanto, Senhor Presidente, acompanho integralmente o Relator nas suas conclusões.

30/09/2020

PLENÁRIO

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 492 RIO DE JANEIRO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, plágio, não há, o que há é coincidência interpretativa, considerada a Constituição Federal e a legislação envolvida na espécie.

Por que procedo a essa observação? Porque, em 2004, examinando a ação direta de inconstitucionalidade nº 2.847, contra legislação do Distrito Federal, fiquei sozinho, vencido, no que sustentei o que agora é prevalecente no mesmo Colegiado e é sem mudança da legislação. No final da judicatura, isso muito me gratifica, porque vejo que não preguei sem possibilidade de sucesso no amanhã.

Reporto-me – e farei a juntada, não tomarei o tempo dos Colegas com as quatorze folhas redigidas à época, em um pedido de vista – ao voto que proferi. E, como disse, foi voto isolado, mas que hoje é prevalecente e se soma ao dos Colegas, ao do Relator. Não creio que, à época, em 2004, o Relator estivesse no Colegiado. Não sei exatamente a data em que tomou posse o ministro Gilmar Mendes. Mas, se estivesse no Colegiado à época, estou certo – porque presumo o que normalmente ocorre, não o extraordinário –, me acompanharia no voto que proferi.

Eis o voto:

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Colho da inicial haver resultado a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, pelo então Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro, de representação formulada por parlamentares integrantes da Câmara Legislativa do Distrito Federal. A ação está dirigida contra as Leis Distritais nºs 231, de 14 de janeiro de 1992; 1.176, de 29 de julho de 1996; 2.793, de 16 de dezembro de 2001, e 3.130, de 16 de janeiro de 2003. A abrangência da medida, a alcançar diplomas suplantados, fez-se considerado o fato de, fulminado o mais recente, restabelecer-se o anterior. Eis uma breve síntese da

ADPF 492 / RJ

disciplina normativa implementada pelos diversos instrumentos legais:

a) Lei nº 232, de 14 de janeiro de 1992:

Esta lei autorizou o Governo do Distrito Federal a instituir a Loteria Social, dando outras providências. Foi prevista a modalidade instantânea, apontando-se como objetivo maior a captação de recursos para o financiamento de programas na área social e comunitária. Os recursos arrecadados seriam aplicados no financiamento de habitação popular, de infra-estrutura básica e de programas nas áreas da saúde, educação e esporte amador, de modo a beneficiar, exclusivamente, comunidades carentes, crianças abandonadas, idosos e ex-presidiários. Constituiu-se um Fundo Especial e um Conselho de Administração da Loteria Social, atribuindo-se-lhes a responsabilidade da programação, administração e exploração das atividades lotéricas, devendo, para tanto, definir projetos e prioridades de aplicações, acompanhar, fiscalizar e controlar a apuração dos resultados. O Conselho fez-se composto pelos Secretários da Fazenda e do Desenvolvimento Social, pelo Presidente do Banco de Brasília, por um representante dos sindicatos de trabalhadores e por quatro representantes comunitários, sendo um de instituição beneficente. Impôs-se ao Governo a obrigação de enviar trimestralmente à Câmara Legislativa relatório circunstanciado com a especificação da aplicação dos recursos provenientes da Loteria Social, cumprindo aos membros do Conselho apresentar, no ato da posse e da exoneração, declaração de bens.

b) Lei nº 1.176, de 29 de julho de 1996:

ADPF 492 / RJ

Este diploma manteve a loteria no âmbito da Secretaria de Fazenda e Planejamento do Distrito Federal. Quanto à destinação dos recursos, alargou-a para alcançar não só o financiamento de habitação popular, como também a infra-estrutura urbana básica, a aquisição de equipamentos para a segurança pública e a viabilização de programas de prevenção e repressão ao uso de drogas e de tratamento dos usuários de drogas em programas de saúde, educação e esporte amador comunitário. Há referência à atenção preferencial aos setores de baixa renda, beneficiando crianças, adolescentes, idosos e ex-presidiários. O Banco de Brasília S.A. foi designado como agente financeiro da Loteria Social, cuja atuação estendeu-se a ponto de abranger a loteria convencional, com venda de bilhetes, a instantânea, também a partir de bilhetes, a loteria de concurso, o sorteio numérico, o concurso de prognósticos, com a indicação, pelo apostador, de números, símbolos ou figuras, e a loteria mista, com venda de bilhetes a reunir características de duas ou mais modalidades. Impôs-se o lançamento, nos bilhetes bem como nas peças publicitárias, da expressão “Atenção: não coloque em jogo as prioridades de sua família”. Manteve-se o Conselho composto pelos Secretários de Fazenda e Planejamento e de Desenvolvimento Social e Ação Comunitária, pelo Presidente do Banco de Brasília e por três representantes dos trabalhadores, um representante do Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do Distrito Federal e quatro representantes comunitários, um dos quais oriundo de instituição beneficente. Permaneceram, no mais e no que interessa, os dados relativos ao diploma anterior.

ADPF 492 / RJ

c) Lei nº 2.793, de 16 de outubro de 2001:

Dispôs-se, neste ato normativo, sobre a destinação de recursos, fixando-se em 50% aqueles reservados ao atendimento dos portadores de deficiência, 25% para as ações voltadas às crianças e aos adolescentes e 25% para os programas concernentes aos idosos. Previu-se a fiscalização da aplicação dos recursos e deu-se nova definição ao Conselho de Administração, incluindo-se o Presidente do Conselho de Assistência Social do Distrito Federal, o Diretor da Diretoria para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência da Secretaria de Trabalho e Direitos Humanos, o Presidente do Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, o titular da Gerência para Assuntos do Idoso da Subsecretaria de Direitos Humanos da Secretaria de Trabalho e Direitos Humanos do Distrito Federal. Mencionou-se a participação de um representante comunitário oriundo de instituição beneficente indicado pelo Conselho de Entidades de Promoção e Assistência Social do Distrito Federal e de um representante da Associação Nacional das Loterias Governamentais.

d) Lei nº 3.130, de 16 de janeiro de 2003:

Mediante este diploma, imprimiu-se nova redação ao artigo 1º e dispôs-se sobre a presidência do Conselho de Administração pelo Secretário de Estado de Ação Social, versando-se ainda acerca da Subsecretaria de Captação de Recursos.

Na assentada em que teve início o julgamento, o relator, ministro Carlos Velloso, concluiu pela inconstitucionalidade

ADPF 492 / RJ

das leis referidas, seguindo-se o pedido de vista do ministro Carlos Ayres Britto, que veio a votar em idêntico sentido. Salvo engano, o relator entendeu pelo conflito das normas legais com a competência exclusiva da União prevista no artigo 22, incisos I e XX, da Constituição Federal, enquanto o ministro Carlos Ayres Britto ressaltou que o Distrito Federal acabou por legislar, sem base, em “regime jurídico central de sorteio já vigente no âmbito da União”.

Inicialmente, excluo a possibilidade de ter-se o conflito dos diplomas emanados da Câmara Distrital com o artigo 21, inciso I, da Constituição Federal, porquanto, em momento algum, abrangem texto sobre Direito Penal. A circunstância de o Estado membro disciplinar certa matéria, regulamentando-a, como é o caso da relativa às loterias, não implica afirmar haja legislado no tocante ao Direito Penal. Não se editou legislação a revogar a Lei das Contravenções Penais, valendo notar que, considerado o Decreto-Lei nº 6.259, de 10 de fevereiro de 1944, a glosa penal, sob o ângulo da contravenção, diz respeito à extração de loteria sem concessão regular do poder competente. O que cumpre examinar é a competência para legislar sobre loterias, visando ao funcionamento destas, presente o disposto no inciso XX do artigo 22 da Constituição Federal:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

.....

XX - sistemas de consórcios e sorteios;

.....

Em síntese, ter-se-ia como adentrado o campo do Direito Penal caso dispusesse qualquer das leis atacadas nesta ação direta de inconstitucionalidade sobre contravenção penal, excluindo-a, na linha direta, do cenário jurídico. No caso, o preceito do Decreto-Lei nº 6.259, de 10 de fevereiro de 1944, limita-se a glosar a prática lotérica sem a existência de

ADPF 492 / RJ

concessão e, na espécie, discute-se a competência para regular tal prática, o que se circunscreve a campo estranho ao penal. No mais, os autores não divergem sobre a definição do serviço de loteria como público, definição que decorre da lei, segundo Miguel Reale, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Celso Antônio Bandeira de Mello e Luís Roberto Barroso. O legislador, como ressaltado por Celso Antônio Bandeira de Mello em “Curso de Direito Administrativo”, “erige, ou não, em serviço público tal ou qual atividade, desde que respeitados os limites constitucionais”. Em artigo publicado em “Temas de Direito Constitucional”, Luís Roberto Barroso aduz que a atividade de exploração de loterias é considerada como serviço público por definição legislativa desde 1932, aludindo ao Decreto, desse ano, de nº 21.143, e aos Decretos-Leis sucessivos nºs 2.980/41, 6.259/44 e 204/67, sendo que, no último, dispôs-se:

Art. 1º. A exploração de loteria, como derrogação excepcional das normas do Direito Penal, constitui serviço público exclusivo da União, não suscetível de concessão e só será permitida nos termos do presente Decreto-Lei.

Inegavelmente, com esse preceito criou-se o monopólio da União para a exploração das loterias (gênero).

Ainda sob a égide da Constituição anterior, Caio Tácito produziu artigo sob o título “Loterias Estaduais (criação e regime jurídico)” publicado na Revista de Direito Público nº 77, de 1986, às páginas 78 e 79. Apontou o autor o conflito da norma do Decreto-Lei nº 204/67 com o princípio da autonomia estadual. Remeteu à regra segundo a qual aos Estados são conferidos todos os poderes que explícita ou implicitamente não lhes sejam vedados – presente o artigo 13, § 1º, da Carta à época em vigor e, hoje, a cláusula do § 1º do artigo 25 da Lei Máxima de 1988, a revelar que são reservadas aos Estados as competências que não lhe sejam vedadas na própria Constituição. Evocando a convivência, constitucionalmente ordenada, entre o poder central e os poderes locais, ressaltou o

ADPF 492 / RJ

jurista caber aos Estados membros a administração dos próprios serviços e, *a fortiori*, a competência de criá-los conforme opção política. No mesmo sentido, emitiu parecer o ministro desta Corte Oswaldo Trigueiro, em 1985, assentando que “a Constituição não impede o funcionamento da loteria estadual. Primeiro, porque não atribui esse serviço à União, com exclusividade. Segundo, porque não proíbe de forma expressa, ou simplesmente implícita, a existência das loterias estaduais. (...) Se a União pudesse, por lei ordinária, tornar exclusivo um serviço público que a Constituição não proíbe aos Estados, a autonomia destes estaria reduzida a letra morta; a legislação comum poderia aumentar desmedidamente a área de competência federal, estabelecendo a exclusividade da maioria dos serviços públicos concorrentes ou de exclusividade estadual”. O parecer foi publicado na Revista de Direito Público nº 76, de 1985, às páginas 38 e 39.

Nessa mesma linha, pronunciou-se o saudoso Geraldo Ataliba, salientando que “só são exclusivas da União as competências arroladas no artigo 8º da Constituição Federal. Estas o Estado Federado não pode desempenhar, sem acordo com a União. As demais possíveis atividades públicas – *ex vi* do preceito do § 1º do art. 13 - podem ser exercidas pelos Estados concorrentemente, ou não, com a União”. Em passo seguinte, adentrando a exploração de loterias e similares, concluiu o publicista tratar-se de “atividade subsumível no conceito lato de serviço público”. Quanto à competência da União para legislar sobre Direito Penal, disse da impossibilidade de dar-se a esse enfoque alcance superlativo, a ponto de chegar-se à proibição, aos Estados, do exercício de uma atividade que é qualificada como serviço público e que, segundo lições expendidas, rege-se pelas leis que o ente federado vier a adotar. Confirma-se com artigo constante da Revista de Direito Público nº 91, página 96, de Carlos Ari Sundfeld, sob o título “Loterias Estaduais na Constituição de 1988”.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em 1987, consignou que “o congelamento do *status quo* fático das loterias estaduais

ADPF 492 / RJ

decidido por uma lei da União fere esta basilar isonomia”, referindo-se ao artigo 9º, inciso I, da Carta em vigor, no que preceituava ser vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Territórios e aos Municípios criar distinções entre brasileiros ou preferências em favor de uma dessas pessoas de direito público interno contra outra.

É sabença geral constituir premissa básica do federalismo que somente à Constituição Federal cabe restringir a autonomia dos Estados membros. Resta saber: tem-se na previsão do inciso XX do artigo 22 da Carta da República abrangência a ponto de alcançar as loterias estaduais nas diversas espécies? A competência privativa da União para legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios apanha as loterias estaduais? Eis a questão constitucional da maior relevância com a qual se defronta a Corte, não havendo espaço para óptica que, escapando da seara jurídico-constitucional, situe-se em outras mais amplas, mesmo porque a União explora, com largueza maior, a atividade lotérica.

Sob o ângulo do monopólio, bem ressaltou Fábio Konder Comparato em “Monopólio Público e Domínio Público – exploração indireta da atividade monopolizada”, publicado em “Direito Público: Estudos e Pareceres”, 1996, página 149, que a Carta atual, ao contrário das Constituições de 1946 e 1967-69, mostra-se taxativa quanto aos setores ou atividades em que se tem o monopólio estatal, agora deferido exclusivamente à União. Então, o consagrado mestre proclamou que a lei já não pode criar outros monopólios não estabelecidos expressamente no texto constitucional. No mesmo sentido é a lição de Pinto Ferreira, também mencionada no parecer “Natureza Jurídica das Loterias e Bingos – Competência dos Estados-membros na Matéria”, de Luís Roberto Barroso: “Só existem monopólios criados pela Constituição”. A Lei Máxima não reserva o serviço público de loterias expressamente à União, ficando afastada, assim, a possibilidade de cogitar-se de monopólio.

Daí a perplexidade gerada com a inserção, na Medida Provisória nº 2.216-31, de 31 de agosto de 2001, do artigo 17

ADPF 492 / RJ

emprestando nova redação ao artigo 59 da Lei nº 9.615, de 24 de março de 1968, que, revogada pela Medida Provisória nº 168, de 20 de janeiro de 2004, voltou a vigorar, no que o Senado retirou do cenário jurídico o último diploma, ou seja, a medida provisória proibitiva dos bingos.

Art. 17. O art. 59 da Lei 9.615, de 24 de março de 1988, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 59. A exploração de jogos de bingo, serviço público de competência da União, será executada, direta ou indiretamente, pela Caixa Econômica Federal em todo o território nacional, nos termos desta Lei e do respectivo regulamento.

Eis mais uma serventia encontrada para esse instrumento excepcional de normatização que é a medida provisória – criar o monopólio ligado à área da loteria!

A visão primeira do inciso XX do artigo 22 da Carta Federal, a versar sobre sistemas de consórcios e sorteios, reservando-os à disciplina pela União, conduz à conclusão sobre a abrangência a ponto de alcançar loterias. Afinal, estas submetem-se a sistema de sorteio. Todavia, os dois vocábulos – consórcio e sorteio -, conforme ressaltado por Luís Roberto Barroso, jamais englobaram o serviço lotérico. Cita o autor a Lei nº 5.768/71, no que tratou do sorteio de consórcio, da distribuição gratuita de prêmios a título de propaganda e das operações voltadas à aquisição de bens de qualquer natureza, sendo que nesse diploma a única referência a loteria fez-se, considerada a seriedade, mediante remissão para definir os participantes contemplados. A Lei nº 5.864/72 cuidou dos sorteios organizados por instituições declaradas de utilidade pública para custeio de obras sociais, nenhuma ligação havendo com a exploração de loterias pelo poder público.

Cretella Júnior, em “Comentários à Constituição de 1988”, volume III, página 1579, registrou que, pela primeira vez, a

ADPF 492 / RJ

Carta da República conferiu à União competência privativa para legislar sobre consórcios e sorteios. Então, o autor traçou um paralelo entre a inflação e a competência constante do inciso anterior, ou seja, do inciso XIX, para legislar sobre sistemas de poupança, captação e garantia - dada a perda do poder aquisitivo da moeda - da poupança popular. Ora, ante as interpretações possíveis, deve-se buscar a que mantenha íntegro o sistema, preserve a própria Federação. A Constituição Federal, conforme destacado por Carlos Ari Sundfeld no artigo mencionado, não prevê a competência da União para legislar sobre loterias. A junção, no inciso XX, dos vocábulos “consórcios” e “sorteios” é conducente a chegar-se à identidade entre eles. Tem-se, então, o texto a apanhar os sorteios que se façam ligados a atividade financeira assemelhada aos consórcios. Colho, ainda, do parecer de Luís Roberto Barroso, que a Constituição, quando se refere à modalidade lotérica, utiliza a expressão “curso de prognósticos” – inciso III do artigo 195 -, o mesmo se constatando em diploma legal de índole ordinária – a Lei nº 6.717, de 12 de novembro de 1979, no que autorizou a Caixa Econômica a realizar, como modalidade da Loteria Federal regida pelo Decreto-Lei nº 204, de 27 de janeiro de 1967, presente o gênero “serviço público”, curso de prognóstico sobre os resultados de sorteios de números, promovido em datas fixadas, com distribuição de prêmios mediante rateio. Aqui, sim, atuou a União e fê-lo porquanto envolvido um serviço público de índole federal, aludindo-se, expressamente, à modalidade “loteria federal”, contrapondo-se a esta a loteria estadual.

O que se nota, a esta altura, é que, ante possíveis desvirtuamentos de objetivo verificados em uma espécie de loteria, a dos bingos, já que estes também dependem de sorteio para obter-se prêmio, confundem-se conceitos e, com isso, é colocado em jogo todo o sistema de loteria estadual existente no País, emprestando-se, para tanto, ao inciso XX do artigo 22 da Constituição Federal, alcance incompatível com o fato de viver-se em uma Federação, o que pressupõe, necessariamente, a

ADPF 492 / RJ

reserva e a manutenção, relativamente aos entes federados, da disciplina normativa dos serviços públicos que resolvam prestar. O remédio para os desvios de conduta porventura existentes não é esse, sob pena de inconcebível retrocesso constitucional. As leis atacadas nesta ação direta de inconstitucionalidade disciplinam a loteria – gênero, como se tem em quase todos os Estados brasileiros, pouco importando que abranja a nova modalidade - a que se faz sob a nomenclatura “bingo”, geradora de toda essa celeuma no campo administrativo e político-legislativo.

Perceba-se o alcance do estrago que uma concepção centralizadora ocasionará. A loteria estadual, sempre revelada como serviço público e voltada ao amparo social especialmente dos menos afortunados, está em todos os Estados, sendo exceção única o do Amapá, no que o Chefe do Poder Executivo nos dois mandatos que antecederam ao atual, governador João Capiberibe, vetou projetos que visavam a regulá-la. Também não cabe, diante da modalidade “bingo”, distinguir essa espécie, considerando-a, quanto à normatividade e até mesmo à exploração, primazia da infalível atuação federal. A sorte lançada, para usar vocábulo pertinente à matéria, é ampla. Ou bem se conclui que a previsão do inciso XX do artigo 22 da Constituição Federal diz respeito a consórcios e sorteios, sem a abrangência a ponto de solapar o princípio - até hoje não colocado em dúvida - consoante o qual ao Estado membro cumpre legislar sobre os próprios serviços públicos, ou, mitigando-se o federalismo, em concentração ímpar, não notada sequer no regime de exceção que precedeu os novos ares democráticos, a Carta de 1988, assenta-se a insubsistência, a ilicitude de toda a legislação estadual que até aqui foi observada, atribuindo-se à União legitimidade constitucional para legislar sobre a loteria estadual, essa espécie de serviço público. Este julgamento ganha, portanto, sentido maior, presentes quer as inúmeras ações em andamento contra leis de outros Estados, quer a sinalização ao Congresso Nacional, aos deputados e senadores, sobre o fidedigno alcance da Carta da

ADPF 492 / RJ

República.

É certo que a chamada Lei Zico – Lei nº 8.672, de 6 de julho de 1993 - veio a disciplinar o bingo, buscando-se, com isso, recursos para o setor de desportos. A seguir, a Lei Pelé – Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998 -, revogando inteiramente o diploma primitivo, manteve os bingos como fonte de recursos para tal setor. Todavia, isso se fez no campo federal, sem prejuízo da atividade dos Estados, mesmo porque, no Estado do Rio de Janeiro, legislação anterior às duas federais referidas, a Lei nº 2.055, de 25 de janeiro de 1993, já autorizava a Loterj a promover o sorteio em tal modalidade.

Por entender que não se tem, no inciso XX do artigo 22 da Constituição Federal, a competência exclusiva da União para legislar sobre loterias, o que acabaria por colocar as diversas loterias estaduais na clandestinidade, peço vênica ao relator para julgar improcedente o pedido formulado, ressaltando, mais uma vez, que se está a tratar não apenas da espécie “bingo”, mas do gênero loteria.

É como voto na espécie.

Acompanho Sua Excelência quanto às arguições de descumprimento de preceito fundamental e, também, no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade.

30/09/2020

PLENÁRIO

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 492 RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Cabe a mim, agora, o voto na qualidade de Presidente.

Em primeiro lugar, gostaria de parabenizar o Relator pela minudência do seu voto, que facilitou sobremodo a manifestação de todos os demais Colegas. Por outro lado, outro fator de extrema satisfação foi exatamente a metodologia que foi utilizada pelos Colegas, que abreviaram muitíssimo os debates que poderiam ser travados, na medida em que havia uma coincidência de *ratio decidendi*. E, quando nós votamos assim, vejam os senhores, votamos o processo inteiro, a decisão está sendo proferida ao final do primeiro tempo da sessão.

Mas, mais importante do que isso, é uma questão ideológica própria. É que eu tenho me dedicado e sou muito partidário dessa nova escola do pensamento jurídico, que é a escola da análise econômica do direito. Então, vejam Vossas Excelências, que, através de uma interpretação teleológico-sistêmica, chegamos à conclusão de que, malgrado a atividade normativa seja da competência exclusiva da União, isso não obsta que a atividade administrativa seja exercida pelas unidades federadas, máxime quando se sabe que as loterias estaduais arregimentam fundos importantes para as unidades federadas.

De sorte que, sob esse ângulo da análise econômica do direito, entendo que conseguimos proferir uma decisão extremamente eficiente, sob o ângulo jurídico, e eficiência é um conceito inerente à economia nessa sua *interface* com o direito.

Acompanho também o Relator.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 492

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

REQTE.(S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) : EMERSON BARBOSA MACIEL (12318/DF)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após a leitura do relatório e a realização de sustentação oral, o julgamento foi suspenso. Falou, pelo requerente, o Dr. Emerson Barbosa Maciel, Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Impedido o Ministro Roberto Barroso. Ausente, por motivo de licença médica, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 23.09.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Decisão: Após a realização de sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo interessado, o Ministro José Levi Mello do Amaral Júnior, Advogado-Geral da União; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Humberto Jacques de Medeiros, Vice-Procurador-Geral da República. Impedido o Ministro Roberto Barroso. Ausente, por motivo de licença médica, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 24.09.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental para declarar não recepcionados pela Constituição Federal de 1988 os arts. 1º e 32, *caput* e § 1º, do DL 204/1967, nos termos do voto do Relator. Impedido o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 30.09.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Humberto Jacques de Medeiros.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário