

A&C

Revista de Direito

Administrativo & Constitucional

Visite nosso *site* na Internet
www.jurua.com.br

ISSN: 1516 – 3210



Curitiba/Pr: Av. Munhoz da Rocha, 143 – Juvevê –
Fone: (041) 352-1200 – Fax: 252-1311 – CEP: 80035-000
São Paulo/SP: R. Jesuíno de Brito, 21 – Freguesia do Ó
Fone/Fax: (011) 878-0974 – CEP: 02925-140

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

Revista de Direito Administrativo & Constitucional.
R454 Curitiba: Juruá, n. 2, 1999.
254 p.

1. Direito administrativo – Periódicos. 2. Direito
constitucional – Periódicos. I. Título.

00397

CDD 342
CDU 342.951

Loterias: Sua Exploração Por Particulares

Valmir Pontes Filho¹

Raríssimas têm sido as contribuições dos juristas a respeito do tema, é dizer, da (im)possibilidade da exploração de loterias por particulares, talvez mesmo por conta da inexistência de diplomas legais mais recentes, voltados à regulação do assunto.

Em verdade, os pronunciamentos científicos aos quais o autor conseguiu Ter acesso, datados de 1985, ainda aludem, basicamente, ao Decreto-lei 204, de 1967, e à “Lei das Contravenções Penais”, de 1941 (também editada sob aquela forma). Em ambos – da respeitável autoria, respectivamente, dos eminentes juristas GERALDO ATALIBA e OSWALDO TRIGUEIRO – não se procede (nem isto cronologicamente seria possível, claro) a qualquer cotejo de tais normatizações com a ordem jurídico-constitucional inaugurada em outubro de 1988, razão pela qual talvez seja o caso de indagar, hoje, se a matéria não merece trato diverso.²

Nos pareceres mencionados³ se vê, com algumas modificações de forma e de fundo, o desenvolvimento do seguinte pensar:

a) a Lei das Contravenções Penais cuidou, em seu art. 51, de por na ilicitude a exploração, sem autorização legal, de loterias, incluindo-a na categoria dos “jogos de azar” (§ 2º do mesmo artigo);

¹ Professor de Direito Constitucional e de Hermenêutica Jurídica da Universidade de Fortaleza – UNIFOR e da Universidade Federal do Ceará, Mestre em Direito Constitucional pela PUC/ São Paulo e ex-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.

² Não que se pretende, aqui, fazer a apologia do jogo, mas simples exame do assunto sob o ângulo estritamente jurídico.

³ Publicados, respectivamente, da RDP ns. 78, pp. 80 e ss. E 76, pp. 43 e ss.

b) por sua vez, o Dec.lei 204/67, proibiu, em seu art. 32 a criação de (novas) loterias estaduais, “mantida a situação” existente à época de sua edição; com isto, enquanto alguns Estados-membros puderam continuar a Ter suas loterias, outros se viram impedidos de criá-las, numa flagrante violação do necessário equilíbrio federativo (ainda diante do Texto Supremo então em vigor, de 1969⁴) entre estes entes federados;

c) não sendo o assunto pertinente à “criação de loterias” de direito penal – como equivocadamente se sustentava – mas eminentemente de Direito Constitucional, descabia dizer tivesse a União exclusividade para legislar sobre a matéria (sob o pretexto de excepcionar a norma penal);

d) poderiam, conseqüentemente, os Estados-membros criar por lei e explorar suas loterias, já que se tratava de serviço público; sob tal qualidade, jamais poderia a atividade construir “ilicitude penal”.

Vale transcrever, a propósito, passagem do parecer do inescusável Prof. GERALDO ATALIBA: “... *Se se trata de serviço público – atividade tipicamente estatal – não pode configurar ilícito. Constitui ilícito, sim, pessoas privadas, físicas ou jurídicas, arrogarem-se o exercício de atividade qualificada como serviço público... não repugna, pois, que a lei configure como contravenção o exercício de certas atividades pelos particulares, por serem elas reservadas aos Estados, em razão de terem sido erigidas em serviço público, por lei. Se não se trata de serviço público – única tese que suportara a possibilidade de vedar-se tal atividade aos Estados federados – então é imperioso promover-se a declaração de inconstitucionalidade do dec. lei 204, que não só assim define a loteria federal, como ainda a imputa à União⁵. É que a União não pode exercer atividade que não configure como serviço público,*

⁴ Erroneamente chamado de “Emenda Constitucional nº 1”.

⁵ Com efeito, o mencionado Dec lei 204/67 (art. 1º) prescrevia que “...a exploração de loteria, como derrogação excepcional das normas de direito penal, constitui serviço público exclusivo da União, não suscetível de concessão”.

sem observância dos preceitos dos arts. 160 e ss. (especialmente 170) do Texto Magno”⁶.

Não divergindo do raciocínio desenvolvido por ATALIBA, mas enxergando o problema sob ângulo diverso, o ex-Ministro OSWALDO TRIGUEIRO afirmou: “... *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 contravenção somente será punível se praticada por pessoa natural, e nunca por pessoa jurídica de direito público interno...*”⁷.

Será razoável, todavia, manter-se tal entendimento, mesmo após a entrada em vigor da Constituição de 88? Poder-se-á, sob o influxo da mais moderna doutrina do Direito Administrativo, ainda considerar a atividade de exploração de loterias como serviço público? Penso que não, à conta dos motivos a seguir aligeiramente alinhados.

Tenha-se em mente, antes de tudo, que o Estado (na acepção mais ampla do termo) é basicamente uma máquina prestadora de serviços públicos, cujas peças, engrenadas e azeitadas segundo os princípios da estrita legalidade e da finalidade (ou do indeclinável dever de satisfação dos interesses públicos), se encontram compostos em quadro estrutural definido. Nele têm lugar, portanto, os órgãos da administração direta centralizada, os órgãos da administração direta descentralizada (as autarquias e as fundações públicas⁸) e as entidades da administração indireta (as empresas públicas e as sociedades de economia mista, ora destinadas à prestação de serviço público, ora à exploração de atividades econômicas).

⁶ Artigo referido, p. 91.

⁷ Artigo citado. pp. 39-42.

⁸ Até então tidas como de idêntica natureza jurídica e por isso cabia categorizá-las como “fundarquias”; agora, por força da Emenda Constitucional da “Reforma Administrativa”, aparentemente foram dissociadas; é que, a teor da referida EC, as fundações públicas não serão mais criadas por lei, mas terão sua criação autorizada por lei, assim como deverão Ter suas áreas de atuação definidas por lei complementar. (v. nova redação dada ao art. 37, XIX, da CF).

Embora não se possa dizer, com ares de definitividade, que todos os serviços prestados por tais órgãos ou entidades sejam, por tal simples razão, serviços públicos (com o que se estaria privilegiando um critério orgânico de classificação), nem, por outro lado, que haja um critério material que os identifique, sem permissão de dúvida, por seu objeto ou substância, tem a melhor doutrina considerado possível fornecer-lhe um conceito genérico. Nas palavras do saudoso e respeitado HELY LOPES MEIRELLES o serviço público vem a ser “... *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*”⁹. Perceba-se, mesmo na generalidade conceitual, a necessidade da presença de dois requisitos alternativos (para que de serviço público se possa falar): a satisfação de necessidades públicas ou de simples conveniências estatais.

Ora, se a exploração de loterias – a qual visa a premiar, com dinheiro ou algum bem de valor, alguém que, tendo adquirido um bilhete ou cartela, se beneficia, em sorteio, da pura sorte – não pode ser racionalmente considerada como necessidade essencial ou indispensável à sobrevivência, ou mesmo para o bem-estar, de dado grupo social (que tem inúmeras outras carências e bem pode passar sem esse recurso à álea), restaria tê-la como “conveniente” ao Estado, para que pudesse ser considerada *serviço público*. Mas de “conveniência” também não se há de falar, na exata medida em que a atuação do Estado neste campo se encontra obscurizada.

Aprofundemos o exame, ainda sob a influência da classificação de HELY. A atividade de que se cuida adequar-se-ia a qual das categorias (bem) imaginadas pelo festejado autor (já que decididamente não enquadrável nas de “serviços públicos propriamente ditos”, de “serviços próprios do Estado” ou de “serviços administrativos”)? À de “serviços de utilidade pública”, em pé de igualdade

⁹ “Direito Administrativo Brasileiro”, 20ª ed., Malheiros, p. 294.

de (segundo sua exemplificação) com os de transporte coletivo, energia elétrica, gás e telefone? Ou com o de “serviços industriais”, é dizer, os que “... *produzem renda para quem presta, mediante a remuneração da utilidade usada ou consumida, remuneração esta que, tecnicamente, se denomina tarifa ou preço público...*” e que, sendo “impróprios do Estado”, consubstanciam “... *atividade econômica que só poderá ser explorada diretamente pelo Poder Público quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo...*”(CF, 173)”¹⁰?

A prudência nos conduz a responder negativamente, em ambas as hipóteses. Afinal, se é verdade que a loteria pode “facilitar a vida”¹¹ de um determinado indivíduo, isso ocorrerá por conta da contribuição (voluntária, é certo) de muitos outros, com diminuição do patrimônio destes. Por outro lado, será demasiado, desarrazoado mesmo, enquadrar a atividade, de cunho eminentemente econômico e que se desenvolve sob a égide do direito privado, como “necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”. A eventual “conveniência” estatal de “estatizá-la” encontrará, portanto, intransponível obstáculo.

Recorra-se, neste lance, á insuperável e imprescindível lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, para quem a noção de serviço público “... há de se compor necessariamente de dois elementos: (a) um deles, que é seu substrato material, consistente na prestação de utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados; o outro, (b) **traço formal indispensável, que lhe dá justamente caráter de noção jurídica, consistente em um específico regime de direito público, isto é, numa “unidade normativa”**. Esta unidade normativa é formada por princípios e regras caracterizados pela supremacia do interesse público sobre o interesse privado e por restrições especiais, firmados uns e outros em função de defesa de valores

¹⁰ Autor e ob. cits., pp. 295 – 297.

¹¹ V. autor e ob. cits., p. 296.

especialmente qualificados no sistema normativo”¹² (os grifos em negrito não são do autor).

Nem de longe laborando em equívoco, JUAREZ FREITAS considera serviço público “... *todo aquele essencial para a realização dos objetivos fundamentais do Estado Democrático, devendo, por isso mesmo, ser prestado sob o regime peculiar juspublicista*”¹³. Em semelhante linha conceitua-o ELAINE CARDOSO DE MATOS NOVAIS: “... *a atividade prestada pelo Estado, ou por seus delegados legitimamente aptos a tal execução, que, satisfazendo de maneira objetiva a uma necessidade individualmente considerada pelos membros da coletividade, está em conformidade com os ideais e princípios plasmados na Carta Magna e, por conseguinte, com as regras e preceitos formadores do regime jurídico-administrativo*”¹⁴. Finalmente, em brilhante estudo publicado em exemplar¹⁵ da “Revista de Direito Público”, editado em homenagem a OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, o Prof. CARLOS ROBERTO MARTINS RODRIGUES entendeu alcançar o conceito de serviço público “...*toda e qualquer atividade de natureza prestacional que o Estado, ou quem lhe fizer as vezes, realiza, contínua, obrigatória e organizadamente, sob um regime especial de direito público, para satisfazer, concretamente, necessidade geral*”.

Descabe, então, por absoluta impossibilidade de enquadrá-la em qualquer das definições trazidas a lume, Ter a atividade de exploração de loterias – que, à toda vista, é de natureza eminentemente negocial e que bem pode, sob certos regramentos e fiscalização, ser realizada entre particulares, para satisfação de seus próprios interesses ou necessidades – como submissa ao regime de direito público. Faltando-lhe esse requisito formal, não é, nem pode ser, *serviço público*.

¹² “Curso de Direito Administrativo”, 5ª ed., Malheiros, p. 350.

¹³ “Estudos de Direito Administrativo”, Malheiros, 1995, p. 31.

¹⁴ V. obra “Estudos de Direito Administrativo” (em homenagem ao prof. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO), ed. Max Limonad, 1996, pp. 119 – 145.

¹⁵ N. 57/57, janeiro a junho de 1981.

Em reforço à idéia de que a loteria é atividade essencialmente privada, posta sob a égide de regime jurídico também privado (embora possa e deva ser sujeita ao poder de polícia, para que reste compatibilizada com o interesse coletivo), veja-se que TRIGUEIRO¹⁶ afirma que ela "... nunca foi considerada uma atividade moralmente condenável. A razão de sua oficialização é puramente fiscal. Desde que produz renda... o Estado tende a transformá-la em monopólio. Se esse monopólio deriva da lei, ele deve ser imposto por outros meios que não o de combatê-lo como contravenção... o que o Estado pretende é a exploração monopolística da loteria, para fins de receita... a única explicação para esse regime jurídico, assim, é apenas o de engrossas as rendas públicas, e não a de dar edificantes exemplos de moralidade". Ter-se-ia transmudando a essência ou a natureza da atividade (de privada para pública) apenas por essa vontade estatal? Não, é o que se crê.

Impõe-se, uma vez mais, trazer à colação a preciosa doutrina da BANDEIRA DE MELLO, para quem "...a submissão a um regime de direito público, o regime jurídico-administrativo, é que confere caráter jurídico à noção de serviço público. Sua importância, pois, é decisiva. Podem aqui ser enumerados, exemplificativamente, alguns traços salientes de regime de direito público, regime administrativo, que informa a disciplina do serviço público: a estrita submissão ao princípio da legalidade, a utilização de técnicas autoritárias, expressivas da soberania, de que são manifestações a possibilidade de construir obrigações por ato unilateral, a presunção de legitimidade dos atos praticados, a auto-executoriedade deles, bem como sua revogabilidade e unilateral declaração de nulidade, a continuidade necessária das atividades havidas como públicas, donde – no plano do serviço público – a impossibilidade de concessionário invocar a *exceptio non adimpleti contractus* para eximir-se da regular continuidade de seu desempenho, a rigorosa obediência ao princípio da isonomia etc"¹⁷. É importante perceber que nenhum desses "traços

¹⁶ V. parecer já citado. p. 40.

¹⁷ Autor e ob. cits., p. 351.

salientes” são encontráveis quando se trata de exploração de atividade lotérica!

E prossegue o eminente Professor: ... *Em suma, o que se deseja encarecer é que de nada adiantaria qualificar como serviço público determinadas atividades se algumas fossem regidas por princípios de direito público e outras prestadas em regime de economia privada. Posto que o jurista só tem interesse localizar quais as regras e princípios que presidem seu desempenho, ver-se-ia a braços com noção inútil... (é por isto que noções como “serviço público econômico”, por exemplo (isto é, serviço estatal prestado sob regime fundamentalmente de direito privado), não servem para nada. É possível que, talvez, possam interessar a economistas e politicólogos, mas, para a área jurídica, seu préstimo é nenhum. Antes, é pior do que nenhum, pois só podem induzir a confusões e causas equívocos nos menos avisados). Arremata CELSO ANTÔNIO, numa conclusão que a desdúvidas exclui a atividade lotérica do conceito genérico de serviço público: “... quando houver prestação de utilidade ou comodidade, oferecida pelo Estado e fruível diretamente pelos administrados, haverá serviço governamental, mas não necessariamente serviço público”¹⁸.*

Com o intuito de obter lucro com a venda de bilhetes, a serem postos em sorteio em data previamente marcada, particulares celebram entre si – o patrocinador, de um lado, e os adquirentes, de outro – um simples contrato. Admitir-se-á, repita-se, a intervenção do Estado para condicionar ou limitar o exercício da liberdade e da propriedade dos administrados, a fim de adequar tal exercício ao bem-estar social. É dizer, para assumir o exercício do poder de polícia¹⁹. O que seguramente não será possível dizer é que, no caso, estejam “agentes públicos” dando “satisfação regular e contínua a certas categorias de interesse geral”, aplicando “procedimentos de direito público”²⁰.

¹⁸ Ob. cit., pp. 351-352.

¹⁹ Conforme BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p. 353.

²⁰ A seguir a lição de GASTON JÈZE, referido por BANDEIRA DE MELLO (ob. cit., p. 352).

Se, por razões tantas, a exploração de loterias não significa prestação de serviço público, igualmente não pode ela ser objeto de concessão ou permissão.

Não raro – pelo até pouco tempo atrás – O Estado se propõe a desenvolver atividades comerciais ou industriais sob regime de direito privado, embora as chame de “serviços”. Fazia-o, porém, utilizando a expressão em seu sentido “natural”, e não “técnico-jurídico”²¹. Reitere-se, todavia, que a exploração de atividade econômica só pode ser desenvolvida pelo Estado quando *necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei* (CF, art. 173). Mas não é apenas este o comando normativo supremo a alicerçar o entendimento aqui exteriorizado: enquanto o art. 1º, IV, da *Lex Magna*, indica ter a República Federativa do Brasil, como um de seus fundamentos, o da *livre iniciativa* (devendo a ordem econômica observar o princípio da livre concorrência – art. 170, IV), o parágrafo único do art. 170 trata de a todos *assegurar o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei*.

Daí se extraem duas conseqüências: a exploração de loterias, não podendo ser desenvolvida pelo Poder Público, é atividade econômica cujo exercício é livremente assegurada a todos (os particulares), podendo a lei tão apenas indicar os casos em que é necessária prévia autorização para tanto²². Novamente de CELSO ANTÔNIO é possível extrair a irrespondível linha de argumentação: “*Se está em pauta atividade que o Texto Constitucional atribuiu aos particulares e não atribuiu ao Poder Público, admitindo, apenas, que este, excepcionalmente, possa empresá-la por “imperativos da segurança nacional” ou acicatado por “interesse públi-*

²¹ Precisa e clara é a explicação de BANDEIRA DE MELLO a respeito (ob. cit., p. 355).

²² Tenha-se, a respeito, em precisa conta que a “lei” jamais poderia excepcionar o direito constitucionalmente assegurado ao livre exercício de atividades econômicas; o que ele pode indicar são os casos em que tal exercício depende de autorização.

co relevante”... casos em que operará, basicamente, na conformidade do regime de direito privado, é evidente que em hipóteses quejandas não se estará perante atividade pública, e, portanto, não se estará perante serviços públicos... Assim, hipóteses existirão em que, por força de lei, uma dada atividade econômica, isto é, pertinente aos particulares – e não ao Estado – deva ser precedida de autorização; ou seja, de uma prévia manifestação administrativa, destinada a verificar, no exercício de “polícia administrativa”, se será desempenhada dentro de condições compatíveis com o interesse coletivo. Nem por isto tais atividades, como resulta do preceptivo citado, deixam de se constituir em exploração de atividade econômica, em atividade privada, integrante do reino da livre iniciativa”²³.

É forçoso concluir, enfim, que, não sendo matéria de direito penal, inexistente competência privativa federal para legislar sobre o assunto. Ora, se de monopólio estatal de tal atividade também não se pode cogitar – por efeito das regras constitucionais referidas – o que estaria a impedir os particulares de exercê-la? Apenas a regra proibitiva da “Lei das Contravenções Penais”, cujo art. 51 se limita a dizer que é contravenção promover ou fazer extrair loteria **sem autorização legal**.

Resta saber, então, quais pessoas políticas podem conferir, por lei, tal autorização. Neste particular, a vigente Constituição da República – cuidadosa com os princípios (já recordados) da livre iniciativa (art. 1º, IV e 170, *caput*), da livre concorrência (art. 170, IV), do livre exercício das atividades econômicas (art. 170, parágrafo único), da proibição de exploração direta da atividade econômica pelo Estado a não ser quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei (art. 173, *caput*) e da vedação do domínio dos mercados e da eliminação da concorrência (art. 173, § 4º) – simplesmente admitiu a edição de normas de proteção os consumidores.

²³ Ob. cit., p. 355.

Assim, com base na competência legislativa concorrente (CF, art. 24, III), os Estados-membros e o Distrito Federal podem, perfeitamente, mesmo diante da temporária inexistência de normas gerais da União (art. 24, § 1º); produzir leis que, dispondo sobre responsabilidade por danos aos consumidores (art. 24, § 3º), autorizem a exploração de loterias por pessoas privadas. Não de fazê-lo, evidentemente, impondo restrições e condições rígidas ao credenciamento e autorização dos eventuais interessados, assim como outorgando ao Poder Público a competência para fiscalizar e inspecionar de perto a atividade, em todas as suas fases, estará a lei abrindo o lógico e imprescindível caminho ao exercício, pelo Estado, do já aludido poder de polícia²⁴.

²⁴ Exatamente isto, aliás, foi o que fez a recente Lei Federal 9.615/98 (denominada "Lei Pelé") em relação a **bingos**, que em nada diferem, na essência, das loterias.