

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 493
DISTRITO FEDERAL

V O T O

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 possuíam loterias na data de 27.2.1967 (13 Estados, no total), em relação àqueles que não exploravam o serviço (12 Estados e o

ADPF 493 / DF

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 ser proposta se já se tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes para afastar a lesão no âmbito judicial. Uma leitura mais

ADPF 493 / DF

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

ADPF 493 / DF

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 resolver, 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

Inicialmente, reputo oportuno fazer um breve apanhado da história legislativa da exploração das atividades lotéricas no ordenamento pátrio.

ADPF 493 / DF

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 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

ADPF 493 / DF

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 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 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 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 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 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 legislador abra a possibilidade de exploração das loterias por meio de concessão ou permissão. Esta opção, como visto, foi exercida pelo

ADPF 493 / DF

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 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 Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, poderá baixar Atos Complementares, bem como decretos-leis sobre matéria de

ADPF 493 / DF

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 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*

ADPF 493 / DF

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 enfeixá-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:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;

ADPF 493 / DF

- 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 considerado compatível com a CF/88 por este STF no paradigmático

juízo 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. ARGÜIÇÃO 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.

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 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 competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”*. Sob o

ADPF 493 / DF

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 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 recursos cuja destinação é, pelo texto constitucional, direcionada à

ADPF 493 / DF

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 Estados.

ADPF 493 / DF

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 – Impropriedade 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, Dje 2.3.2007; ADI 3.147/PI, Rel. Min. Carlos Britto, Dje 22.9.2006; ADI 2.996/SC,

ADPF 493 / DF

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 instituíaam 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 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, 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 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 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:

“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

estaduais continuariam regidas pela legislação anterior. Confira-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

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)”.

“(…) 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 vênua 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

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-

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

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 493 / DF

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.