

Supremo Tribunal Federal

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA

D.J. 22.09.2006

10/08/2006

EMENTÁRIO Nº 2 2 4 8 - 1

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.147-3 PIAUÍ

RELATOR : MIN. CARLOS BRITTO
 REQUERENTE(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
 REQUERIDO(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO PIAUÍ

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETOS NºS 11.106/03 E 11.435/04, DO ESTADO DO PIAUÍ. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE SISTEMA DE CONSÓRCIOS E SORTEIOS (INCISO XX DO ART. 22).

Ação procedente.

A C Ó R D ã O

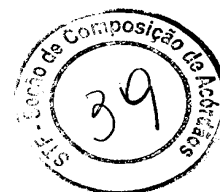
Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente), na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em julgar procedente a ação direta, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente.

Brasília, 10 de agosto de 2006.


 CARLOS AYRES BRITTO

-

RELATOR



Handwritten mark

10/08/2006

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.147-3 PIAUÍ

RELATOR : MIN. CARLOS BRITTO
REQUERENTE(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
REQUERIDO(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO PIAUÍ

R E L A T Ó R I O**O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO (Relator)**

Os contornos da presente ação direta são os que ressaem das seguintes passagens da manifestação do ínclito Advogado-Geral da União:

"O requerente sustenta, em síntese, que o ato normativo impugnado ofende os incisos I e XX do art. 22 da Constituição Federal, porquanto invade a competência privativa da União para legislar sobre Direito Penal e sistema de consórcios e sorteios.

Transcreve, o requerente, trechos dos votos dos Ministros Carlos Velloso e Ilmar Galvão, proferidos na ADI 1.169/DF, na qual se questionava a constitucionalidade do art. 57, § 1º, da Lei nº 8.672, de 1993 (Lei Zico), que conferia poderes aos Estados e ao Distrito Federal para normatizar e fiscalizar a atividade de loteria de bingo. Mencionado diploma legal foi revogado pela Lei nº 9.615, de 24.03.1998



Supremo Tribunal Federal

(Lei Pelé), e, em consequência, a ação julgada prejudicada.

O Governador do Estado do Piauí prestou as informações de fls. 26/33, tendo se manifestado pelo indeferimento da medida cautelar, sob a alegação de que o Decreto apenas regulamenta as Leis n°s 1.825, de 14 de julho de 1959; 3.368, de 10 de setembro de 1975; 4.183, de 30 de dezembro de 1987, e a Lei Delegada n° 161, de 26 de julho de 1982.

O Relator da presente ação direta, reconhecendo a natureza regulamentar do decreto questionado, negou seguimento ao pedido do requerente, julgando, com base no art. 21, § 1º, do RI/STF, prejudicada a análise da medida cautelar. Dessa decisão o Procurador-Geral da República interpôs agravo regimental (fls. 58/64), com pedido de reconsideração ou submissão do recurso do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Diante do recurso apresentado, o Relator reconsiderou a sua decisão e determinou o regular processamento da ação direta."

2. Pois bem, no dia 30.07.2004, o Governador do Estado do Piauí protocolou a Petição n° 81.221, na qual noticiou que o ato normativo ora adversado fora revogado pelo Decreto n° 11.435, de 15 de julho de 2004, razão pela qual pugnou pela perda de objeto da presente ação.



3. Prossigo no resumo da *quaestio juris* para registrar que, às fls. 96, dei vista dos autos ao requerente, a fim de que se manifestasse quanto ao pleito deduzido na *actio sub judice*. Já o Procurador-Geral da República, este sustentou que "o Poder Executivo do Piauí, com o intuito de subtrair o Decreto nº 11.106/2003 do controle de constitucionalidade a ser exercido por esta Corte Suprema, e utilizando como subterfúgio a jurisprudência que considera prejudicada a ação de inconstitucionalidade quando não mais em vigor a norma que lhe serve de objeto, editou outro decreto, composto pelas mesmas normas do Decreto nº 11.106/2003". Daí requerer, o autor, o aditamento da peça de ingresso, a fim de incluir no objeto da presente ação o Decreto nº 11.435, de 15 de julho de 2004, do Estado do Piauí, pedido, esse, que foi por mim deferido em 21/09/2004.

4. Às fls. 104, solicitei novas informações ao requerido, para posterior remessa dos autos ao ínclito Advogado-Geral da União e ao douto Procurador-Geral da República, nessa ordem.

5. Deu-se que, nas informações prestadas às fls. 108/110, o Governador do Estado do Piauí reiterou a tese da

perda do objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade, ante a edição do Decreto nº 11.435/04. Aduziu que a decisão concessiva do aditamento da petição inicial é de ser revista, uma vez que o Decreto nº 11.435/04 não está a criar nenhum sistema de consórcio e sorteio, mas tão-somente, dispondo sobre a organização administrativa da Loteria do Estado do Piauí - LOTEPI.

6. De sua parte, o douto Advogado-Geral da União, Dr. Álvaro Ribeiro da Costa, e o digno Procurador-Geral da República manifestaram-se pela procedência dos pedidos que se contêm na presente ação.

É o relatório.

* * * * *

FJMM/ismr



10/08/2006

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.147-3 PIAUÍV O T O**O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO (Relator)**

Antes mesmo de partir para o enfrentamento do mérito da presente ação direta, é do meu pensar que não procede a tese segundo a qual o decisório que deferiu o aditamento da peça de ingresso é de ser revisto. Assim me posiciono porque a pretensão deduzida pelo autor, no sentido de que fosse incluído no objeto desta ação o Decreto nº 11.435/04, apenas foi acolhida porque (fls. 102/104):

"(...) a jurisdição constitucional abstrata é assim denominada por se traduzir numa operação subsuntiva diferenciada, que é a subsunção norma-a-norma; ou seja, por implicar não a submissão de um fato empírico às coordenadas de uma norma que o descreva, hipoteticamente (com a respectiva consequência), mas a submissão de um dado enunciado normativo a outro que lhe seja hierarquicamente superior, até porque necessariamente constitucional.

Essa jurisdição especial tem uma principal razão de ser: a premente necessidade de acudir à integridade das normas constitucionais.



Supremo Tribunal Federal

Vale dizer, a conclusão que melhor se coaduna com a própria essência do controle abstrato de constitucionalidade é de propiciar u'a mais célere e eficaz defesa da Constituição."

9. Por outro giro, do cotejo dos próprios atos normativos em xeque, infere-se que o Decreto nº 11.435/04 possui o mesmo objeto do de número 11.106/03, fato, esse, que me parece robustecer o fundamento esgrimido pelo autor para postular o aditamento da petição inicial. Disse, naquela ocasião, o ilustrado Procurador-Geral da República (fls. 98/100):

"(...)

4. Como se pode constatar, o Poder Executivo do Estado do Piauí, com intuito de subtrair o Decreto nº 11.106/2003 do controle de constitucionalidade a ser exercido por esta Corte Suprema, e utilizando como subterfúgio a jurisprudência que considera prejudicada a ação de inconstitucionalidade quando não mais em vigor a norma que lhe serve de objeto, editou outro decreto, composto pelas mesmas normas do Decreto nº 11.106/2003.

(...)"

10. Pois bem, já me encaminhando para o exame da questão de fundo, relembro que o acionante impugna os Decretos nºs 11.106/03 e 11.435/04, ambos do Estado do Piauí. Ao fazê-lo,

o Procurador-Geral da República sustenta que os textos normativos usurpam, a um só tempo, a competência privativa da União para legislar sobre Direito Penal e sistema de consórcios e sorteios (art. 22, incisos I e XX).

11. Em boa verdade, não merece acolhida aquela primeira alegação autoral de *apropriação indébita* de competência legislativo-penal. Isto porque não consigo enxergar matéria penal em nenhum dispositivo dos atos normativos ora impugnados. Em nenhum. Bem ao contrário, cuidando-se mesmo de atos que autorizam a instituição e o gerenciamento de certas loterias ou modalidades de sorteio, natural seria que o "núcleo duro" de todas elas se traduzisse — como penso que se traduziu — em duas vertentes: uma, arrecadar dinheiro para o financiamento de políticas públicas do Estado do Piauí; outra, acenar com recompensa monetária para os eventuais apostadores dos sorteios a instituir, de maneira a configurar um tipo de modal deontico a que doutrinariamente assenta o nome de "sanção premial" (que é uma sanção da espécie positiva, segundo o magistério sempre fecundo e original de **Norberto Bobbio**).

12. Noutro modo de repetir a idéia, os textos normativos acoimados de inconstitucionais não imprimem a *tarja da delitividade* sobre nenhuma conduta, assim como não dispõem a respeito de qualquer tipo de reprimenda. Sua razão factual de ser, em última

análise, está na instituição e gerenciamento de determinadas loterias, com aqueles dois mencionados direcionamentos. Tudo o mais é auxiliar desse dúplice desiderato, embora essa parte ancilar ostente compleição normativa, como adiante se verá.

13. Ora bem, como na Constituição brasileira não há: 1º) norma que tenha por conteúdo a instituição em si de atividade lotérica ou sorteio; 2º) norma caracterizadora da exploração de sorteio como espécie de serviço público; 3º) norma excludente dos sorteios como atividade passível de protagonização econômica privada — como não existe nada disso, repito —, **a conclusão a que chego é mesmo esta: impossível a configuração de antinomia frontal entre as duas tipologias de comando: a infraconstitucional e a constitucional.** É como falar: se alguma ofensa ao inciso I do art. 22 da Lei Maior do País é de ser detectada na materialidade dos atos normativos que se fizeram alvo da *ADI sub judice*, isto somente poderá ocorrer por comparação entre esses atos e a legislação federal que faz da prática de jogos de azar uma contravenção. Que já é uma forma indireta ou reflexa de agressão ao Texto Magno. Equivale a dizer: o desrespeito à Constituição dar-se-á por negação de vigência a diploma federal, é certo, mas diploma de índole simplesmente infraconstitucional.

14. Convém insistir nesta minha mais que tudo respeitosa discordância quanto à primeira alegação de que se valeu o autor para deduzir a sua pretensão, pois é fato que ele próprio, acionante, funda o seu juízo de inconstitucionalidade no raciocínio de que instituir loteria **é forma excepcional de derrogação de normas de Direito Penal**. Mas de que normas de cunho penal? Seguramente as veiculadas pelo Decreto-Lei federal nº 204, de 27 de fevereiro de 1967, cujos arts. 50 e 51 fazem da prática de "jogos de azar" uma contravenção¹. Daí a conclusão ora *contrabatida*: o Estado do Piauí excepcionou regra tipificadora de conduta contravencional, cujo caráter penal somente comporta legislação de matriz subjetiva

¹ Eis a redação dos dois dispositivos:

- Jogo de azar

Art. 50 - Estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele:

Pena - prisão simples, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa, estendendo-se os efeitos da condenação à perda dos móveis e objetos de decoração do local.

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se existe entre os empregados ou participa do jogo pessoa menor de 18 (dezoito) anos.

§ 2º - Incorre na pena de multa, quem é encontrado a participar do jogo, como ponteiro ou apostador.

§ 3º - Consideram-se jogos de azar:

- a) o jogo em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte;
- b) as apostas sobre corrida de cavalos fora de hipódromo ou de local onde sejam autorizadas;
- c) as apostas sobre qualquer outra competição esportiva.

§ 4º - Equiparam-se, para os efeitos penais, a lugar acessível ao público:

- a) a casa particular em que se realizam jogos de azar, quando deles habitualmente participam pessoas que não sejam da família de quem a ocupa;
- b) o hotel ou casa de habitação coletiva, a cujos hóspedes e moradores se proporciona jogo de azar;
- c) a sede ou dependência de sociedade ou associação, em que se realiza jogo de azar;
- d) o estabelecimento destinado à exploração de jogo de azar, ainda que se dissimule esse destino.

- Loteria não autorizada

Art. 51 - Promover ou fazer extrair loteria, sem autorização legal:

Pena - prisão simples, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, estendendo-se os efeitos da condenação à perda dos móveis existentes no local.

§ 1º - Incorre na mesma pena quem guarda, vende ou expõe à venda, tem sob sua guarda, para o fim de venda, introduz ou tenta introduzir na circulação bilhete de loteria não autorizada.

§ 2º - Considera-se loteria toda ocupação que, mediante a distribuição de bilhete, listas, cupões, vales, sinais, símbolos ou meios análogos, faz depender de sorteio a obtenção de prêmio em dinheiro ou bens de outra natureza.

§ 3º - Não se compreendem na definição do parágrafo anterior os sorteios autorizados na legislação especial.

congressual. Jamais estadual, sob pena de inconstitucionalidade por usurpação *competencial* da União. Que é vício formal insanável.

15. Suponho que tudo fica mais fácil de entendimento se o raciocínio partir da consideração de que, fora das hipóteses em que a própria Constituição criminaliza um dado comportamento, a simples outorga de competência à União para legislar sobre Direito penal opera como induvidosa **cláusula aberta**. Isto no sentido de que somente depois que a União faz o efetivo uso dessa aptidão normante é que se tem uma específica regra de Direito Penal. E enquanto essa regra não se positiva, a conduta humana resta amparada pela fórmula altissonante de que *"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"* (inciso II do art. 5º do Código Supremo). Que termina sendo, curiosamente, o direito de não ter dever...

16. Permito-me ponderar que o próprio *nomen juris* da ação que estamos a decidir já parece conter um elemento não-desprezível de contraposição à tese perfilhada pelo autor. É que esse nome jurídico de "ação direta" já exprime a natureza do instrumento processual que a Lei Maior aprestou para os casos em que do confronto de um diploma normativo menor com o diploma normativo de hierarquia máxima — que é a Constituição Federal — resulta uma



"chapada" violação (o adjetivo "chapada" é de uso corrente do mestre **Sepúlveda Pertence**, ministro da Casa); isto é, uma violação frontal, imediata, **direta** ao Código Supremo, e não por atalho, por volteio, por mediação, enfim, de norma de *escalão* mais baixo.

17. Por este ângulo conceptual, a ação é chamada de direta, não porque submetida ao direto conhecimento e decisão da Suprema Instância Judicante do Brasil (outros meios ou instrumentos processuais de explícita designação constitucional também se inscrevem na originária competência judicante do STF e nem por isso foram *etiquetados* como ações diretas²). A ação é chamada de Direta pela citada consideração de se cuidar de *remédio* jurídico-processual concebido, justamente, para situações em que uma determinada norma da própria Constituição Federal parece *abalroada de frente* (permito-me o prosaísmo da expressão) por lei ou ato normativo da União, ou, então, dos Estados-membros. Pelo que poderia até mesmo receber a alcunha de "**Ação de Inconstitucionalidade Direta**", mais até do que "Ação Direta de Inconstitucionalidade". Visto, remarque-se, que direta não é a ação em si ou o trâmite a que ela se assujeita, **mas a agressão que se supõe padecida pela Constituição**.

² *Ad exemplum*, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Sentença Estrangeira Contestada, Ação Declaratória de Constitucionalidade.

18. Deveras, o que se tem, nos autos, é um questionamento que jaz confinado no imediato círculo do cotejo entre normas subconstitucionais. Que por se constituir em confronto que só é **direto** no plano infraconstitucional mesmo, insuscetível se torna para autorizar o manejo de um tipo de ação de controle de constitucionalidade que não admite intercalação normativa entre o diploma impugnado e a Constituição da República. Diferente do que sucederia, por hipótese, se uma lei viesse a *descriminalizar* o racismo. Ou a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o regime democrático; porquanto, aí, sim, ter-se-ia um comando normativo cuja base significativa ou núcleo semântico estaria a se chocar, *de testa*, com o dimanado dos próprios dispositivos constitucionais. É dizer, a materialidade de que se rechearia a lei de menor força impositiva seria exatamente a mesma de que se nutre o nosso Código Supremo (incisos XLII e XLIV do art. 5º, respectivamente), porém com antinomia entre os respectivos modais deônticos.

19. Nesse tipo de conjectura, o abalroamento da Constituição por uma lei simplesmente infraconstitucional se configuraria por dispensa de qualquer mediação normativa. Ocorreria por forma direta, e a Magna Carta do País, **somente ela**, é que permaneceria como parâmetro do controle de constitucionalidade do diploma jurídico de menor hierarquia. Sem que o *vôo do raciocínio*

hermenêutico tivesse que fazer escala em outro campo de pouso que não fosse a Constituição Nacional. E sem que a própria Ordem Jurídica experimentasse o estonteante vaivém que resultaria, ainda por hipótese, de uma revogação pura e simples da legislação federal que faz da prática dos jogos de azar uma contravenção. Pois a consequência de tal ab-rogação não seria outra senão a instantânea revalidação, a automática repristinação de todas as questionadas leis do Distrito Federal (com o quê todos os processos de controle de constitucionalidade que se sucedessem no tempo operariam do lado de dentro de leis da União, mas sempre do lado de fora da Constituição).

20. À guisa de prestígio para esta forma de condução do debate, corro a buscar suporte em reflexões já elaboradas no seio deste Excelso Pretório, de que servem de amostra os seguintes arestos:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI Nº 8.541/92 (ART. 56 E §§) - ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONCURSO PÚBLICO E À REGRA DE VALIDADE TEMPORAL DAS PROVAS SELETIVAS (CF, ART. 37, II E III) - ATO DE EFEITOS CONCRETOS - INIDONEIDADE OBJETIVA DESSA ESPÉCIE JURÍDICA PARA FINS DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - JUÍZO DE CONSTITUCIONALIDADE DEPENDENTE DA PRÉVIA ANÁLISE DE

ATOS ESTATAIS INFRACONSTITUCIONAIS - INVIABILIDADE DA AÇÃO DIRETA - NÃO-CONHECIMENTO.

- Atos estatais de efeitos concretos, ainda que veiculados em texto de lei formal, não se expõem, em sede de ação direta, à jurisdição constitucional abstrata do Supremo Tribunal Federal. A ausência de densidade normativa no conteúdo do preceito legal impugnado desqualifica-o - enquanto objeto juridicamente inidôneo - para o controle normativo abstrato.

- A ação direta de inconstitucionalidade não constitui sucedâneo da ação popular constitucional, destinada, esta sim, a preservar, em função de seu amplo espectro de atuação jurídico-processual, a intangibilidade do patrimônio público e a integridade do princípio da moralidade administrativa (CF, art. 5º, LXXIII).

Não se legitima a instauração do controle normativo abstrato quando o juízo de constitucionalidade depende, para efeito de sua prolação, do prévio cotejo entre o ato estatal impugnado e o conteúdo de outras normas jurídicas infraconstitucionais editadas pelo Poder Público.

A ação direta não pode ser degradada em sua condição jurídica de instrumento básico de defesa objetiva da ordem normativa inscrita na Constituição. A válida e adequada utilização desse meio processual exige que o exame "in abstracto" do ato estatal impugnado seja realizado exclusivamente à luz do texto constitucional.

Desse modo, a inconstitucionalidade deve transparecer diretamente do texto do ato estatal impugnado. A prolação desse juízo de desvalor não pode e nem deve depender, para efeito de controle normativo abstrato, da prévia análise de outras espécies jurídicas infraconstitucionais, para, somente a partir desse exame e num desdobramento exegético ulterior, efetivar-se o reconhecimento da ilegitimidade constitucional do ato questionado."

(ADI 842, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 14.05.93).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE — INSTRUÇÃO NORMATIVA — PORTARIAS Nº 24/94 E Nº 25/94 DO SECRETÁRIO DE SEGURANÇA E SAÚDE NO TRABALHO — PREVENÇÃO CONTRA SITUAÇÕES DE DANO NO AMBIENTE DE TRABALHO - CONTROLE MÉDICO DE SAÚDE OCUPACIONAL - ATO DESVESTIDO DE NORMATIVIDADE QUALIFICADA PARA EFEITO DE IMPGUNAÇÃO EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE - AÇÃO NÃO CONHECIDA.

PARAMETRICIDADE E CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO.

- A Constituição da República, em tema de ação direta, qualifica-se como o único instrumento normativo revestido de parametricidade, para efeito de fiscalização abstrata de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

AÇÃO DIRETA E OFENSA FRONTAL À CONSTITUIÇÃO.

- O controle normativo abstrato, para efeito de sua válida instauração, supõe a ocorrência

de situação de litigiosidade constitucional que reclama a existência de uma necessária relação de confronto imediate entre o ato estatal de menor positividade jurídica e o texto da Constituição Federal.

- Revelar-se-á processualmente inviável a utilização da ação direta, quando a situação de inconstitucionalidade - que sempre deve transparecer imediatamente do conteúdo material do ato normativo impugnado - depende, para efeito de seu reconhecimento, do prévio exame comparativo entre a regra estatal questionada e qualquer outra espécie jurídica de natureza infraconstitucional, como os atos internacionais - inclusive aqueles celebrados no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (O.I.T.) - que já se acham incorporados ao direito positivo interno do Brasil, pois os Tratados concluídos pelo Estado Federal possuem, em nosso sistema normativo, o mesmo grau de autoridade e de eficácia das leis nacionais.

INTERPRETAÇÃO ADMINISTRATIVA DA LEI E
CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO.

- Se a instrução normativa, em decorrência da má interpretação das leis e de outras espécies de caráter equivalente, vem a positivar uma exegese apta a romper a hierarquia normativa que deve observar em faces desses atos estatais primários, aos quais se acha vinculada por um claro nexa de acessoriedade, viciar-se-á de ilegalidade - e não de inconstitucionalidade -, impedindo, em consequência, a utilização do mecanismo processual da fiscalização



normativa abstrata. Precedentes: RTJ 133/69 - RTJ 134/559.

- O eventual extravasamento, pelo ato regulamentar, dos limites a que se acha materialmente vinculado poderá configurar insubordinação administrativa aos comandos da lei. Mesmo que desse vício jurídico resulte, num desdobramento ulterior, uma potencial violação da Carta Magna, ainda assim estar-se-á em face de uma situação de inconstitucionalidade meramente reflexa ou oblíqua, cuja apreciação não se revela possível em sede jurisdicional concentrada."

(ADI 1347 MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 01.1295)

21. Passo, agora, a examinar a segunda causa de pedir. E já antecipo que ela me convence. Convence-me, sim, este segundo fundamento jurídico de que se valeu o autor para deduzir a sua pretensão. E para demonstrar o acerto da tese suscitada pelo Procurador-Geral da República, valho-me do voto que proferi no julgamento da ADI 2.847:

"18. Esta a denunciada invasão que subsiste. Invasão do espaço legiferante que é da União, originariamente. E que se patenteia pelo só e imediato cotejo entre os quatro atos legislativos do Distrito Federal e a Constituição-cidadã. Sem a menor necessidade, portanto, de confrontar as quatro multicitadas leis distritais com este ou aquele ato

legislativo do governo federal para, e só então, concluir-se que de regramento sobre sorteios é que o legislador federativamente periférico fez o transbordante uso.

19. Não é só. Cumpre-me ainda esclarecer que, se aponho o meu aval a esta segunda causa de decidir, é por entender que a vontade objetiva da Constituição reside:

I - na precisa diferenciação entre o instituto dos consórcios privados e a figura dos sorteios. Não sorteios em consórcios ou a propósito deles, mas enquanto instituto jurídico substante em si mesmo. Até porque a palavra "consórcio" já contém um tipo menor de sorteio. Um tipo menor que se põe como elemento conceitual de todo consórcio privado, sabido que os consórcios privados são institutos que se traduzem no emprego de poupança popular para aquisição de um bem cuja posse e uso dependem de sorteio ("ato de eleger pela sorte"), mas em data que pode ocorrer antes mesmo do pagamento integral desse bem (e, destarte, da respectiva alienação, pois o que se sorteia não é propriamente o bem, mas a data de sua entrega);

II - essa mesma vontade objetiva da Lei das Leis está em fazer do vocábulo "sorteios" um gênero de toda e qualquer competição para obtenção de prêmio, seja em dinheiro, seja em bens de outra natureza, com desembolso de recursos por parte do competidor ou, então, pela sua adesão a regras de propaganda comercial, contanto que o resultado pró ou

contra dependa do acaso; isto é, fique à mercê do fado ou destino, ora exclusiva, ora preponderantemente. E é por este modo mais crescentemente contemporâneo de lidar com essa matéria-prima sempre moral e psicanaliticamente delicada (pela natureza potencialmente viciosa de que se reveste); sempre politicamente divisora de opiniões enquanto fonte de recursos públicos não-tributários ou mesmo enquanto base de cálculo para imposição fiscal; sempre universalmente debatida como pretensa alavanca do turismo (os cassinos à frente) e matriz de novos postos de trabalho, ou, ao contrário, como expediente fácil de lavagem de dinheiro criminosamente acumulado por efeito de improbidade administrativa, contrabando e tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins; sempre encarada como sugestivamente deflagradora de um segundo e igualmente deletério tráfico, já agora de natureza político-administrativa (difícil é dizer qual o fato mais socialmente danoso, se a influência do tráfico ou o tráfico de influência); sempre tentadoramente recorível como propaganda ou marketing de promoções mercantis por parte daquelas empresas de porte econômico mais avantajado e, por isso mesmo, de mais facilitado acesso aos veículos de comunicação de massa, especialmente a mídia eletrônica; - é por este modo crescentemente contemporâneo de lidar com essa perigosa e nuançada matéria-prima dos sorteios, dizíamos, que a Lei Mais Alta da República brasileira habilita a União a legislativamente arar no campo da profilaxia dos costumes e concomitantemente no espaço

geral do incremento da Economia do País e na específica esfera da coleta de recursos para o Erário. Donde poder o Governo Central tanto proibir a prática de certos jogos quanto liberá-la sob condições inibidoras de abusos econômicos e associações para o crime. De todo modo, matéria de relevo social o bastante para merecer tratamento constitucional em apartado daquele fenômeno mercantil-financeiro dos consórcios, figura de Direito comparativamente acanhada e de cujo kit (outra vez incidimos na coloquialidade) já faz parte elementar o mencionado sorteio de datas. Apenas de datas, insista-se na proposição, pois sozinho esse tipo menor de sorteio não teria valiosidade intrínseca para merecer da Constituição do País qualquer referência³.

20. Sem o menor resquício de dúvida, não se pode comparar o relevo sócio-econômico e moral dos consórcios com a presença impactante dos sorteios no cotidiano das pessoas e respectivas famílias, assim como no funcionamento usual do aparelho produtivo do Brasil e da própria máquina estatal-federada. Ali, o que se tem é um fenômeno ainda restrito a pessoas que de alguma forma podem poupar recursos financeiros para aquisição de bens de consumo durável ou até

³ Os dias que fluem são particularmente pródigos em reportagens e artigos midiáticos sobre a realidade dos jogos de azar como uma espécie de aporia ou questão permanentemente aberta a todo tipo de opinião, e dessas manifestações de *experts* e de cidadãos comuns é que fui buscar uma referência a "corajosa crônica" do falecido arcebispo brasileiro dom **Lucas Moreira Neto**, que se intitulava "Senhores, não façam seus jogos" e que principiava pelo resgate da indignação que em **Ruy Barbosa** provocava a natureza viciante de tais jogos, a ponto de verberar (ele, Ruy): "De todas as desgraças que penetram no homem pela algibeira e arruinam o caráter pela fortuna, a mais grave é sem dúvida, esta: o jogo (...). Ele zomba da

mesmo de raiz. Aqui, não. O fenômeno é mesmo de grande proporção coletiva e alcança os ricos, os remediados e os pobres, porém com muito mais ênfase para estes últimos (segmento social que Gilberto Freyre chamava de "massa anônima", e que, nada podendo poupar, faz do jogo diário ou pelo menos semanal uma dramática tentativa de sair abruptamente de uma vida de extrema carência material para entrar no tão sonhado clube dos patrimonializados).

21. De se rejeitar, por conseguinte, a exegese que propugna pela indissociação temática entre consórcios e sorteios, na legenda do inciso XIX do art. 22 da Lei Republicana. Até porque precedido, esse dispositivo magno, de outros signos lingüísticos que no próprio art. 22 também falam de "sistemas" e nem por isso deixam de autonomizar as matérias sobre que versam. Reporto-me, inicialmente, ao "sistema monetário e de medidas, títulos e garantias de metais" (inciso VI), dado que moeda, medidas e metais são realidades factuais e figuras de Direito que desfrutam de elementar independência entitativa. Cada qual delas com sua materialidade e regime jurídico próprio. Tal como se dá — este é o segundo dispositivo que tomo como paradigma — com o inciso XVIII do mesmíssimo art. 22. Ele fala de "sistema estatístico, sistema cartográfico e de geologia nacionais", e também salta à inteligência que o levantamento de dados estatísticos não se faz irmão siamês nem da cartografia nem da geologia nacionais. Cada um desses fatos jurígenos, então, pelo seu

decência, das leis e da polícia" (jornal FOLHA DE SÃO PAULO, Painel do Leitor,

natural desentrelace ontológico, bem que poderia figurar em um só texto normativo da Constituição. Um só dispositivo constitucional para cada qual deles, e isto mesmo é de se dizer para os sorteios e os consórcios. Simples questão de tecnologia legislativa.

22. Também não atenua e muito menos elimina a gravidade da usurpação legislativa perpetrada contra a União o argumento de que o extenso rol de aptidões normativas do art. 22 da Norma Normarum de 1988 é passível de compartilhamento com os Estados-membros da Federação Brasileira, em pontos específicos das respectivas matérias. Isto, em face do parágrafo único do mesmíssimo artigo constitucional de nº 22 ("Lei Complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo")⁴. Mas assim não se argumente, porque a primeira condição para se viabilizar tal compartilhamento não se acha presente: a autorização por via de lei complementar. Reitero, pela importância da asserção: não existe lei complementar da União que delegue ao Distrito Federal competência para normar sobre "questões específicas" que a matéria "sorteio" abstratamente comporta.

23. Há mais o que dizer. A normatização estadual ou distrital de caráter específico pressupõe uma simultânea ou, quando menos, uma anterior

Caderno A-3, 4 de março de 2003).

⁴ E quando se fala de competência normante a partilhar com os Estados-membros, é evidente que se está a inserir no raio de tal competência o Distrito Federal, por efeito da regra constitucional do §1º do art. 32, a saber: "Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios".

legiferação 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 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 jogadores⁵ (caso

⁵ É como está no art. 195, inciso III, litteris: "Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a 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".

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".

26. Toda esta construção dogmática fica mais facilmente compreendida quando se pontua que a Lex Máxima brasileira houve por bem disciplinar o tema dos sorteios como "sistema". "Sistema de consórcios e sorteios", disse ela, Constituição, no citado inciso XX do art. 22. Imediatamente após falar de outras atividades também obrigatoriamente organizadas sob a forma de sistema, como efetivamente são os sistemas "estatístico, cartográfico e de geologia" (inciso XIX) e mais os "sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular" (inciso XVIII).

27. Ora bem, quando a Leis das Leis do País fala de sistema é para cuidar de assuntos cuja concepção pressupõe o próprio desenho do Estado brasileiro como Federação. Logo, assuntos que se põem num estratégico espaço de confluência ou interseção federativa, e, portanto, exigentes de aplicabilidade federativamente igual, em suas linhas gerais. Temas basicamente vocacionados para uma atuação necessariamente conjunta ou, no mínimo, em regime de colaboração por parte dos entes estatais de existência obrigatória, mormente a União e os Estados-membros. Como se dá, verbi gratia, com o "sistema nacional de gerenciamento de recursos

hídricos" (inciso XIX do art. 21), "sistema nacional de viação" (inciso XXI do mesmo art. 21), ("sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões" (inciso XVI também do art. 22), "sistema eleitoral" (§ 1º do art. 27), "sistema tributário" (inciso I do art. 48, combinadamente com o CAPÍTULO I DO TÍTULO VI), "sistemas de previdência e assistência social" (§1º do art. 149), "sistema financeiro nacional" (art. 192, caput) e "sistema único de saúde" (§ 1º do art. 198). Aliás, é a Constituição mesma que se auto-elucida quanto à intelecção do vocábulo sistema, ao categorizar o sistema da seguridade social como compreensivo de "um conjunto integrado de ações dos Poderes Públicos e da sociedade", consoante expressa dicção do art. 194, cabeça. Logo, área de atuação concertada, ou de alguma forma interligada, para a obtenção de resultados de interesse estatalmente comum.

28. Coincidem, no particular, a voz do Direito e os verbetes de todos os dicionários da língua portuguesa, no tema. É que o substantivo "sistema" é invariavelmente dicionarizado como grupo de elementos inter-relacionados ou interdependentes, formando um todo unitário⁶. Como diria Hans Kelsen, conjunto ordenado de elementos, segundo uma perspectiva unitária. Ou como se extrai do refinado pensamento de Hegel, assim comentado às fls. 2.704 do festejado "Dicionário de Filosofia", de J. Ferrater Mora, Edições Loyola, tomo IV, ano de 2001: "(...) já

⁶ Por amostragem, "Grande Dicionário Larousse Cultural da Língua Portuguesa", editora Nova Cultural Ltda., ano de 1999, p. 832, na qual se lê: "(...) Conjunto

que somente o total é verdadeiro, e uma vez que o parcial é não-verdadeiro ou, melhor dizendo, momento 'falso' da verdade, esta última será essencialmente sistemática, e a realidade e a verdade de cada parte somente terão sentido em virtude de sua referência e inserção no todo. (...) A verdade seria, pois, de acordo com isso, somente a articulação de cada coisa com o todo, e o todo mesmo que expressa o sistema desta articulação".

29. Pois bem, é isto que explica a dissociação entre legislar com privatividade e atuar com privatividade, quando se trata de matéria que tenha a estatura jurídica de sistema. O Texto Fundamental de 1988 bem separou as coisas e daí não haver inserido nas competências materiais da União (art. 21) o monopólio de todo o circuito de atuação das atividades etiquetadas como de índole sistêmica. O que fez a Lei das Leis desta nossa Terra de Santa Cruz foi conferir à União uma primazia de atuação, como, por exemplo, estabelecer princípios e diretrizes, definir certos critérios de outorga de direitos, fiscalizar determinadas ações, organizar e manter serviços públicos de âmbito nacional (incisos VIII, XV, XIX e XXI do art. 21). Logo, sem regime de total insulamento operacional ou ortodoxa protagonização excludente das demais pessoas federadas.

30. É debaixo dessas coordenadas mentais que o tema dos sorteios só comporta mesmo exame de subsunção que leve em conta a realidade da União em

de elementos considerados em suas relações no interior de um todo que funciona de

conexão operacional com os Estados e o Distrito Federal. Daí a tessitura do seguinte raciocínio: 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.

32. Valendo-me de outras palavras para expressar o mesmo pensamento, anoto que a decisão

modo unitário".



legal-federal que instaura um certo jogo de resultado aleatório, ou autoriza essa instauração, é ato decisório que não imuniza apenas a União quanto à incidência em conduta contravencional. Aproveita os Estados-membros e o Distrito Federal; contanto que estes atuem de conformidade com os lineamentos centrais daquele jogo (sem inovação de conteúdo, portanto). E sob a aprovação do Poder Legislativo regional, claro, em obediência ao princípio constitucional da legalidade (cabeça do art. 37 da Lei Maior Federal), regente da concreta atuação de todo o aparelho administrativo do Estado).

33. De recordar, por essencial, que a instauração em si e mais a gerência de sorteios não fazem parte das competências materiais que a Lei Maior adjudicou à União. Não são atividades de pronto rotuladas como próprias de nenhuma das quatro pessoas de natureza político-administrativa, nem mesmo enquanto serviço público (até porque de serviço público penso que elas nada têm, constitucionalmente falando). Logo, em princípio, seriam atividades econômicas. Setor franqueado à iniciativa privada, por força do parágrafo único do art. 170 da Constituição, assim vocalizado: "É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei". Não obstante, atividade: a) susceptível de interdição aos agentes econômicos privados, se prevista enquanto tipo penal; b) sujeita a preenchimento de requisitos para a respectiva liberação. E tudo por efeito dos incisos I

e XX do art. 22, combinadamente com a parte final do parágrafo único do art. 170, todos da Carta-cidadã.

34. No uso, porém, de sua competência legislativa na matéria, a União Federal 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 competência residual que se extrai da leitura do art. 25 da Carta de Outubro, litteris: "São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição".

35. Essa a interpretação que também homenageia o disposto no inciso III do artigo magno de nº 195, pois nem mesmo ali a Constituição apetrecha a União para explorar, sozinha, "concursos de prognósticos". O que se diz no preceptivo em causa é que a receita desses concursos se prestam como base de cálculo de contribuição social. Nada mais que isto.

36. Fale-se o mesmo quanto ao préstimo da presente exegese ante o relato do artigo constitucional de número 173, caput, que possibilita o quê? Possibilita à lei de todas as unidades federadas qualificar, no âmbito da respectiva Ordem Jurídica, uma determinada atividade como excepcionalmente serviente de relevante interesse coletivo ("Ressalvados os casos previstos nesta

Supremo Tribunal Federal

Constituição, a exploração de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definido em lei”).

37. Já me encaminhando para o fechamento deste voto-vista, ponto que a pecha de inconstitucionalidade que recai sobre as quatro multirreferidas leis do Distrito Federal é de ser reconhecida, não pela decisão de o Governo Distrital instituir e gerenciar atividades lotéricas. A mácula da inconstitucionalidade é de ser confirmada é pelo fato de que essa decisão legislativo-distrital foi tomada originariamente. À margem de qualquer lei da União, seja de cariz ordinário, seja de feição complementar. Vale dizer, desapegada do regime jurídico central de sorteio já vigorante no âmbito da União. Enfim, como se o parágrafo único e o inciso XX do art. 22 da Constituição Republicana apenas dissessem o que certa feita enunciou Nietzsche: “quem quiser me seguir, não me siga”.

22. Nessa ampla moldura, voto pela procedência integral dos pedidos deduzidos nesta ação, declarando a inconstitucionalidade dos Decretos n°s 11.106/03 e 11.435/04, ambos do Estado do Piauí.

* * * * *



10/08/2006

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.147-3 PIAUÍ

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, quando a matéria veio pela primeira vez ao Plenário, em discussão sobre lei do Distrito Federal, sustentei que não se tem, na espécie, o monopólio do Estado quanto ao jogo - ou, como queiram, jogatina - no Brasil, o monopólio centralizado na atuação da Caixa Econômica.

Não vou cansar os Colegas com aquela catilinária. Apenas me reporto ao voto proferido porque continuo convencido de que, na expressão alusiva à disciplina de sorteios e de consórcios, contida na Constituição Federal, não se incluem os jogos em geral, os quais geram, até mesmo, recursos para o setor público. Daí os doutrinadores apontarem-nos como verdadeiro serviço público e não vou cogitar dos desvirtuamentos, porquanto não posso raciocinar a partir do excepcional, do extravagante, do teratológico.

Peço vênias ao relator e àqueles que o acompanham, reiterando, é certo, a jurisprudência da Corte, o pronunciamento anterior, para julgar improcedente o pedido formulado na inicial. Eis os motivos por que assim procedo, os quais externei quando da apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.847-2/DF, relatada pelo ministro Carlos Velloso e cujo acórdão restou publicado no Diário da Justiça de 26 de novembro de 2004:



[...] 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 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 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 Sunfeld, 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 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 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 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 "concurso 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", concurso 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 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 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 vênha 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.

PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.147-3**

PROCED.: PIAUÍ

RELATOR : MIN. CARLOS BRITTO

REQTE.(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

REQDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DO PIAUÍ

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou procedente a ação direta, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente no exercício da Presidência). Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente). Plenário, 10.08.2006.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.


Luiz Tomimatsu
Secretário