

Trata-se de consulta acerca da competência dos Estados-membros para disciplinar e explorar a modalidade lotérica de bingo. Objetivamente, indaga o consultante sobre a constitucionalidade de dispositivos do Decreto nº 25.723, de 16 de novembro de 1999, editado pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, que dispõe sobre a exploração de loterias de bingo pela Loteria do Estado do Rio de Janeiro — LOTERJ.

A análise da questão jurídica apresentada pressupõe o exame de determinados aspectos constitucionais e legais da exploração da atividade lotérica no Brasil, que constituem as premissas lógicas do presente parecer. O estudo é ordenado, assim, consoante o seguinte roteiro:

- I. Natureza jurídica da atividade lotérica;
- II. Competência constitucional para disciplinar e explorar o serviço público de loterias;
- III. Caracterização do bingo como modalidade de loteria;
- IV. Aspecto penal: atipicidade da exploração de loterias autorizadas pelos Estados-membros;
- V. Conclusões.

I. NATUREZA JURÍDICA DA ATIVIDADE LOTÉRICA

A exploração de loterias tem sido, desde os romanos e ao longo da história, importante instrumento de captação de recursos para o erário.¹ Em tempos atuais, a atividade lotérica assumiu o papel de um poderoso agente de fomento, lastreando serviços de assistência social e iniciativas de interesse educacional ou cultural.² Refletindo esta tendência, a pró-

pria Constituição Federal de 1988 cuidou de prever que parte dos recursos obtidos em concursos de prognósticos seria aplicada no custeio da seguridade social (art. 195, III).

Nada obstante, a exploração de jogos de azar e loterias — quando não legalmente autorizadas pelo Poder Público competente — continua sendo qualificada como contravenção penal pela legislação em vigor (Lei de Contravenções Penais — Decreto-lei nº 3.688, de 03.10.41, arts. 50 a 58). Desse modo, para ser legítima, a atividade lotérica deverá contar sempre com a participação ou a chancela do Estado, seja através da exploração direta por seus órgãos ou entidades, seja mediante delegação de sua exploração a particulares, sendo considerada pela legislação em vigor uma derrogação excepcional das normas de direito penal.³

Cumprido, assim, investigar a natureza jurídica de tal atividade desempenhada pelo Poder Público. Das modalidades de intervenção do Estado no domínio econômico — disciplina, fomento e atuação direta⁴ — interessa especialmente, para os fins aqui visados, esta última categoria. Na atuação direta do Estado, é de proveito distinguir duas possibilidades diversas: (i) a prestação de serviços públicos; e (ii) a exploração de atividades econômicas.

A exploração de atividade econômica não se confunde com a prestação de serviços públicos, quer por seu caráter de subsidiariedade, quer pela existência de normas próprias e diferenciadas. Com efeito, sendo o princípio maior o da livre iniciativa, somente em hipóteses restritas e constitucionalmente previstas poderá o Estado atuar, diretamente, como empresário, no domínio econômico. Tais exceções se resumem aos casos de: a) imperativos

1 José Duarte, *Comentários à lei de contravenções penais*, 1944, p. 511/512.

2 V. Caio Tácito, *Loteria estadual. Limites de emissão de bilhetes. Autonomia estadual*, Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, vol. 40, 1988, p. 51/52.

3 Decreto-lei nº 6.259/44, art. 3º e Decreto-lei nº 204/67, art. 1º.

4 V. Luís Roberto Barroso, *A crise econômica e o direito constitucional*, Revista Forense, vol. 323, p. 88.

de segurança nacional (CF, art. 173, *caput*); b) relevante interesse coletivo (CF, art. 173, *caput*); c) monopólio outorgado à União (CF, art. 177). Em tais hipóteses, quando não se trate de monopólio, o Estado deverá atuar sob o mesmo regime jurídico das empresas privadas, consoante disposto no art. 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal.

Já os serviços públicos, ao contrário, se caracterizam como atividades que a lei atribui ao Estado para que as exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.¹ Não se pode, entretanto, em sede doutrinária, indicar de modo exaustivo as atividades que constituem serviço público, porque estas variam segundo as exigências de cada povo e de cada época.²

Assim, para que determinada atividade possa ser caracterizada como serviço público, há que nela identificar os elementos definidores do que seja considerado serviço público em certa época e determinado lugar.

Pois bem. Partindo do conceito acima delimitado, é possível apontar um elemento *subjetivo* (o serviço é prestado pelo Estado ou por seus delegados), um elemento *material* (o serviço se destina à satisfação concreta de necessidades coletivas) e um elemento *formal* (o serviço se submete a regime jurídico total ou parcialmente público). Logo, será serviço público toda e qualquer atividade que reúna tais características.

Uma questão, todavia, permanece em aberto: a quem incumbe a definição das atividades que devam ser consideradas mais relevantes e necessárias à coletividade (elemento material), assumidas direta ou indiretamente pelo Estado (elemento subjetivo) e sob regime ju-

rídico total ou parcialmente público (elemento formal)? A resposta é singela e nela parece se resolver, atualmente, a problemática conceituação jurídica de serviço público: à lei.

De fato, os elementos integrantes do conceito caracterizam de forma genérica, mas não definem especificamente, quais atividades se submeterão à disciplina própria dos serviços públicos. O elemento *normativo* torna-se, assim, imprescindível. São serviços públicos as atividades que a lei definir como tal, submetendo-as a uma disciplina jurídica específica.

Há que se admitir, portanto, uma razoável margem de discricionariedade do legislador na definição das atividades que mereçam ser tratadas como serviços públicos, o que poderá atender a critérios diversificados. Assim é que Miguel Reale, após afirmar ser a “conceituação jurídica de serviço público um dos mais reconhecidos quebra-cabeças do Direito Administrativo universal”, conclui o seguinte, *in verbis*:

*“No fundo, serviço público é aquele que, em cada conjuntura, a lei configura como tal, razão pela qual só subsistem, a respeito, definições genéricas.”*³

Tal critério é reconhecido há muito, inclusive no direito comparado, como o único válido e seguro para a definição precisa de serviço público. Themístocles Brandão Cavalcanti já se referia, em seu Tratado de Direito Administrativo, nos albores da disciplina no Brasil, a “*serviço público por força de lei, em contraposição a outros que o são pela sua situação entre os órgãos da administração.*”⁴ Também Diogo de Figueiredo Moreira Neto anota que “*agora, tanto como no tempo de Gaston Jèze, são serviços públicos (...) os que a lei tenha assim considerado.*”⁵ No direito comparado, Francis-Paul Benoit sintetiza a

1 V. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 1999, p. 98.

2 Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 1995, p. 294.

3 Miguel Reale, *Temas de direito positivo*, 1992, p. 136.

4 Themístocles Brandão Cavalcanti, *Tratado de direito administrativo*, vol. II, 1960, p. 64 e ss.

5 Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, 1994, p. 318. O autor oferece o seguinte conceito de serviço público: “atividade da Administração que tem por fim assegurar, de modo permanente, contínuo e geral, a satisfação de necessidades essenciais ou secundárias da sociedade, *assim*

posição dos autores estrangeiros que adotam a tese afirmando que “*são então atividades de serviços públicos as atividades que as autoridades competentes para criar o direito decidem considerar como tais.*”¹

Celso Antonio Bandeira de Mello, a seu turno, embora sem se filiar inteiramente a tal posição, também admite que “*é realmente o Estado, por meio do Poder Legislativo, que erige ou não em serviço público tal ou qual atividade, desde que respeitados os limites constitucionais.*”² Tais limites seriam constituídos pelas normas constitucionais que asseguram a liberdade econômica. Entretanto, como não existe uma definição clara na Constituição dos limites da liberdade econômica, reconhece o autor que remanesce à lei uma ampla margem de discricionariedade para qualificar determinadas atividades como serviços públicos.³

Vê-se, assim, que a doutrina é indispente em reconhecer como regra o critério legal para a definição de serviço público, submetendo-o, apenas, a um teste de razoabilidade, à luz dos princípios e regras constitucionais relativos à ordem econômica.⁴

A atividade de exploração de loterias é considerada como serviço público por definição legislativa desde 1932, tanto no plano federal como no estadual, quando pela primeira vez se consolidou a legislação federal sobre a ma-

téria, com a edição do Decreto nº 21.143, de 10.03.32 (ato materialmente legislativo, editado no recesso do Congresso).

A mesma qualificação foi mantida com a edição do Decreto-lei nº 2.980, de 24.01.41⁵ e subsequentemente repetida com o advento do Decreto-lei nº 6.259, de 10.02.44⁶, bem como do Decreto-lei nº 204, de 27.02.67, ambos ainda em vigor. Confira-se o disposto no art. 1º do referido Decreto-lei nº 204/67:

“*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.*”⁷

Portanto, no que se refere à natureza jurídica da atividade lotérica, *legem habemus*. É possível afirmar, assim, em linha de coerência com a posição doutrinária prevalecente acima explicitada, que no Brasil a atividade de exploração de loterias é qualificada desde muito tempo, e até o presente, como serviço público. Desse modo, mesmo não se tratando de atividade vital ou indispensável para a comunidade, as loterias são tratadas pelo ordenamento jurídico e exploradas pelo Estado como serviço público.

Em reverência à tradicional opção do legislador brasileiro, os doutrinadores reconhecem a natureza de serviço público à atividade lo-

por lei consideradas, e sob as condições impostas unilateralmente pela própria Administração.” (ob. cit., p. 317, grifos acrescentados).

1 Francis-Paul Benoit, *Le droit administratif français*, 1968, p. 773/774.

2 Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 1999, p. 487.

3 Posição semelhante é adotada por Toshio Mukai no seu *Direito administrativo sistematizado*, 1999, p. 74.

4 Vejam-se, ainda, Maria Sylvia Zanella di Pietro, ob. cit., p. 79: “É o Estado, por meio da lei, que escolhe quais as atividades que, em determinado momento, são consideradas serviços públicos”; e Hely Lopes Meirelles, ob. cit., p. 298: “O que prevalece é a vontade soberana do Estado, qualificando o serviço como público ou de utilidade pública, para sua prestação direta ou indireta...”.

5 Decreto-lei nº 2.980, de 24.01.41, “Art. 1. O serviço de loteria, federal ou estadual, executar-se-á em todo o território do país, de acordo com as disposições do presente decreto-lei.”

6 Decreto-lei nº 6.259, de 10.02.44, “Art. 1. O serviço de loteria, federal ou estadual, executar-se-á, em todo o território do país, de acordo com as disposições do presente Decreto-lei.”

7 A previsão de um monopólio federal sobre a exploração das loterias foi inovação do Decreto-lei nº 204/67, flagrantemente inconstitucional, como adiante será demonstrado.

térica. Confira-se a seguinte passagem de Hely Lopes Meirelles, *verbis*:

*“São exemplos de serviços públicos dispensáveis pela coletividade, mas em alguns casos prestados pelo próprio Estado, os jogos em cassino, como o de Monte Carlo, no Principado de Mônaco, e, entre nós, a Loteria Mineira, a Loteria Federal e a Loteria Esportiva.”*¹

Caio Tácito, a seu turno, compartilha do mesmo entendimento, *verbis*:

*“É certo que a loteria instituída pela União, ou pelo Estado-membro, não tem a natureza essencial de um serviço público próprio, como prerrogativa inerente à atividade estatal. Trata-se do que a doutrina tradicional batiza de serviço público impróprio, fruto da lei que assim o qualifica.”*²

Confira-se também a posição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, no mesmo sentido, *verbis*:

*“Tratando-se de um serviço público, de longa data assim reconhecido no Direito Público, pelo menos desde 1932, quando surgiu a primeira lei sobre loterias, o Decreto nº 21.143 (artigo 20), e da mesma forma tratado pelos dois diplomas federais em vigor (art. 4º do Decreto-lei nº 6.259/44 e art. 1º do Decreto-lei nº 204/67) — ‘e o serviço público tem seu conceito positivo e não doutrinário’ — inegável, se nos parece, a competência dos Estados para instituí-los.”*³ (Grifos acrescentados).

Vale salientar que, mesmo se adotássemos o critério preconizado por Celso Antonio Bandeira de Mello, ainda assim o resultado

alcançado seria idêntico. É que a atividade lotérica, embora não atenda a uma necessidade imediata da coletividade, constitui importante fonte de obtenção de receitas públicas não tributárias. E, como já antes mencionado, tais recursos sempre foram historicamente destinados ao fomento sócio-cultural e a atividades de benemerência, revelando-se hoje imprescindíveis para tal fim.

Existe, assim, além do elemento legal, um substrato material de interesse coletivo na exploração de loterias como serviço público. De qualquer modo, ainda que assim não fosse, revelar-se-ia adequada a classificação adotada por Caio Tácito, que qualifica a atividade lotérica como serviço público *impróprio*, assim definido aquele que, embora não acuda a necessidade vital ou inadiável da comunidade, merece ser publicizado por conveniência administrativa ou financeira do Estado.⁴

II. Competência constitucional para disciplinar e explorar o serviço público de loterias.

A exploração do serviço público de loterias nunca mereceu tratamento constitucional expresso. A legislação infraconstitucional, assim, desde 1932, quando editado o primeiro diploma consolidando o direito federal sobre loterias — o Decreto nº 21.143/32 — sempre reconheceu competência aos Estados-membros para disciplinar e explorar a atividade. Afinal, a primeira Constituição republicana, de 1891, já assegurava aos Estados, em seu art. 65, item 2º, “todo e qualquer poder ou direito que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição”.

1 Hely Lopes Meirelles, *ob. cit.*, p. 295.

2 Caio Tácito, *ob. cit.*, p. 55.

3 Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Legalidade de lei autorizativa de realização de concurso de prognósticos*, Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, vol. 40, 1988, p. 238.

4 Hely Lopes Meirelles assim define os serviços públicos impróprios: “são os que não afetam substancialmente as necessidades da comunidade, mas satisfazem interesses comuns de seus membros, e, por isso, a Administração os presta remuneradamente, por seus órgãos ou entidades descentralizadas (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais), ou delega sua prestação a concessionários, permissionários ou autorizatários. Esses serviços, normalmente, são rentáveis e podem ser realizados com ou sem privilégio (não confundir com monopólio), mas sempre sob regulamentação e controle do Poder Público competente.” (*ob. cit.*, p. 296).

A própria Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei nº 3.688, de 3.10.41) reconheceu a competência dos Estados para a exploração de loterias no âmbito dos respectivos territórios, ao prever, em seu art. 53, a modalidade de contravenção consistente em “introduzir, para o fim de comércio, bilhete de loteria estadual em território onde não possa legalmente circular”.

A convivência legítima entre a loteria federal, de âmbito nacional, e as loterias estaduais, circunscritas aos limites territoriais dos Estados-membros, foi mantida com o advento do Decreto-lei nº 2.980, de 24.01.41 e, posteriormente, do Decreto-lei nº 6.259, de 10.02.44. Entretanto, com a edição do Decreto-lei nº 204, de 27.02.67,¹ a exploração de loterias é declarada, como já visto, serviço público exclusivo da União. Ademais, no art. 32 do aludido Decreto-lei, é vedada a criação de novas loterias estaduais, mantendo-se as existentes naquela ocasião, que, todavia, não poderiam aumentar as suas emissões, ficando limitadas às quantidades de bilhetes e séries então em vigor.

A legislação ordinária federal — o antigo Decreto-lei, extinto pela Constituição de 1988, ostentava a mesma posição hierárquica da lei ordinária — pretendeu criar um monopólio sobre a atividade lotérica em favor da União. Cumpre, assim, averiguar a legitimidade de tal monopólio à luz da Constituição da República.

Sob a égide do regime constitucional anterior, vários foram os publicistas, de autoridade reconhecida, que acusaram a inconstitucionalidade dos artigos 1º e 32 do Decreto-lei nº 204/67, naquilo em que restringiram indevidamente a autonomia dos Estados-membros.

Ainda em 1985, Caio Tácito proferiu parecer no qual deixou consignado, *in verbis*:

“Dispondo por essa forma, o Dec-lei nº 204/67 gera um virtual monopólio, pela União, do serviço público de loterias, dele excluindo os Estados até então admitidos a

exercer, no âmbito de seus territórios, equivalente prestação de serviço público.

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

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

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

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

O regime federativo tem como um de seus pressupostos a convivência, constitucionalmente ordenada, entre o Poder Central e os poderes locais. Sempre que a harmonia do sistema federativo torna necessária a prevalência ou a exclusividade da competência federal, em contraste com a dos Estados, a Constituição emite o adequado comando. (...) Aos Estados a Constituição da República assegura a administração de seus próprios serviços e *a fortiori a competência de criá-los, conforme a sua conveniência, bem como de prover-lhes os necessários alimentos financeiros. (...) Não fica, porém, nesse ângulo, a inconstitucionalidade do ditame proibitivo que se contém na disposição de exclusividade do serviço federal de loterias. (...) Com a ressalva tão-somente de situações preexistentes (e, mesmo assim, imobilizadas em seu ‘status’ material), fica, de modo absoluto, eliminada a concorrência de loterias estaduais*

1 O Decreto-lei nº 204/67 foi editado durante o recesso do Congresso, com fundamento na competência excepcional do Presidente da República para legislar sobre matéria administrativa e financeira, prevista no art. 9º, § 2º, do Ato Institucional nº 04/66.

diante do privilégio exclusivo da União. (...) Também sob este ângulo de apreciação, o critério de exclusividade, acolhido no Dec-lei nº 204 discrepa do sistema e se contamina da eiva de inconstitucionalidade.”¹

No mesmo ano de 1985, o Ministro (apresentado) do Supremo Tribunal Federal Oswaldo Trigueiro proferiu parecer no mesmo sentido, valendo transcrever a seguinte passagem, *verbis*:

“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.”²

Ainda naquele mesmo ano, o saudoso Geraldo Ataliba proferiu parecer intitulado “Possibilidade jurídica da exploração de loterias pelos Estados federados”, assumindo postura idêntica. Confira-se o seguinte trecho de sua lavra, *in verbis*:

“Só são exclusivas da União as competências arroladas no art. 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.

Na verdade, a exploração de loterias e similares é atividade subsumível no conceito

lato de serviço público. Por isto é constitucional a lei federal que — fundada na competência da União para legislar sobre direito penal — proíbe o seu exercício aos particulares.

Não pode, porém, a União — pretexto de legislar sobre direito penal — proibir aos Estados o exercício de uma atividade que, no próprio texto normativo (que estabelece a proibição) — o Dec-lei 204 — é qualificada como serviço público.

Em suma, se de serviço público se cuida, o Estado ‘reger-se-á pelas leis que adotar’ (art. 13, CF); se de atividade pública ou publicizável, terá a mesma liberdade jurídica de que desfruta a União (cada qual agindo na forma da própria lei). Se, por fim, tratar-se de exploração de fontes de recursos financeiros não tributários, a competência é, mais do que concorrente, comum.

Efetivamente, se uma atividade é produtiva de recursos financeiros, sem revestirem o caráter de tributo, parece — à vista do panorama sistemático constitucional brasileiro — que se está diante de caso de competência comum da União ou dos Estados. Ambos podem desempenhá-la livremente.

É que as fontes de recursos não tributários não são explicitamente discriminadas no Texto Constitucional, como o fazem os arts. 18, 21, 23 e 24, quanto aos tributos. Implicitamente também não o são, o que deixa no campo da exploração comum as demais atividades (salvo as reservadas à iniciativa privada).

De outro lado, todo serviço público que não seja nitidamente, por força de preceito constitucional, exclusivo de uma entidade, será de ambas. Isto é elementar e está em todos os tratadistas e comentaristas da Constituição.”³

1 Caio Tácito, *Loterias estaduais (criação e regime jurídico)*, Revista de Direito Público, vol. 77, 1986, p. 78/79.

2 Oswaldo Trigueiro, *Loteria estadual*, Revista de Direito Público, vol. 76, 1985, p. 38/39.

3 Geraldo Ataliba, *Possibilidade jurídica da exploração de loterias pelos Estados federados*, “apud” Carlos Ari Sundfeld, *Loterias estaduais na Constituição de 1988*, Revista de Direito Público, vol. 91, p. 96.

Em 1987, foi a vez de Diogo de Figueiredo Moreira Neto emprestar sua autoridade à tese, em parecer já referido anteriormente, acrescentando outro significativo argumento, *verbis*:

“Finalmente, também é inconstitucional o Decreto-lei nº 204/67, no que toca aos dispositivos relacionados com as loterias estaduais, não só por invasão da competência dos estados e pela criação de um monopólio irregular, como por estabelecê-lo em flagrante violação do princípio isonômico que sustenta a federação, expresso no art. 9º, I, da Constituição Federal:

‘Art. 9º — À União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Territórios e Municípios é vedado:

I — criar distinções entre brasileiros ou preferências em favor de uma dessas pessoas de direito público interno contra outra.”

Ora, inegavelmente, o ‘congelamento’ do ‘status quo’ fático das loterias estaduais, decidido por uma lei da União, fere esta basilar isonomia, como se pode deduzir da leitura do art. 32, acima transcrito, e do seu parágrafo primeiro, que proíbe o aumento das ‘emissões’, limitando-as ‘às quantidades de bilhetes e séries em vigor na data da publicação deste Decreto-lei’, configurando-se como uma intervenção desestabilizadora, pelo seu sentido discriminatório e parcial, incompatível com os princípios federativos constitucionalmente adotados.”¹

Vale ainda anotar que Caio Tácito, também em 1987, elaborou outro estudo, intitulado “Loteria Estadual. Limites de Emissão de Bilhetes. Autonomia Estadual”, referido logo no início do presente parecer, no qual ratifica todas as teses jurídicas por ele já sustentadas e acima expostas.

Os argumentos jurídicos desenvolvidos pelos ilustres publicistas, sob o pálio do regime constitucional pretérito, subsistem válidos — e ainda com maior razão, como se verá — na vigência da Carta de 1988.

Com efeito, a Constituição de 1988 manteve a técnica de repartição de competências entre os entes federativos, de inspiração norte-americana e adotada no Brasil desde 1891. Assim, à União Federal e aos Municípios o constituinte reservou competências expressas, deixando a cargo dos Estados-membros as chamadas competências residuais ou remanescentes. Este o teor literal do art. 25, § 1º:

“Art. 25.....

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

Assim sendo, a União, por ter competência exaustivamente discriminada, não pode atuar além das áreas permitidas pela Constituição, conforme conhecimento convencional e tradicional.² A *pedra-de-toque* do federalismo é precisamente a regra de que apenas a Carta Federal pode restringir a autonomia dos Estados-membros. Note-se, ainda, que o espectro de incidência da regra do art. 25, § 1º é amplo, abrangendo tanto as competências legislativas como as administrativas. De fato, não cabe ao intérprete restringir aquilo que o legislador não restringiu. Ademais, tratando-se de competência residual, deve-se entender que nela está contido tudo o que o constituinte dela não excluiu de modo expresse.

Desta forma, não havendo a Constituição de 1988 aludido à competência para legislar ou explorar a atividade lotérica, subsiste o argumento de inconstitucionalidade dos arts. 1º e 32 do Decreto-lei nº 204/67 fundado em afronta ao princípio federativo. Tais dispositivos, a rigor, por serem inválidos em face do ordenamento anterior, não poderiam produzir efeitos legítimos a nenhum tempo. Com o advento da nova Carta, sendo com ela incompatíveis, ficaram revogados. No tocante ao art. 32 do Decreto-lei, sua ilegitimidade constitucional é reforçada, ainda, pelo motivo deduzido por Diogo de Figueiredo Moreira Neto quanto à violação da isonomia entre os entes

1 Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Legalidade...*, p. 238/239.

2 V., por todos, Luís Roberto Barroso, *Direito constitucional brasileiro: o problema da federação*, 1982.

federados, princípio igualmente reproduzido na Constituição em vigor (art. 19, III).

Por outro lado, o argumento da criação de um monopólio irregular tornou-se ainda mais consistente. É que o art. 163 da Constituição de 1969 admitia a criação de monopólio em favor da União, por lei federal, em duas hipóteses: (a) quando indispensável por motivo de segurança nacional; ou (b) para organizar setor que não pudesse ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa. Era preciso, pois, sustentar que a exploração de loterias não se enquadrava em nenhuma das duas hipóteses — e de fato não era o caso — para afirmar a inconstitucionalidade do monopólio do serviço criado pelo Decreto-lei nº 204/67.

Tal argumento tornou-se mais singelo e contundente sob a égide da Carta de 1988. Isto porque, de acordo com a nova ordem instituída em 5 de outubro de 1988, só existem monopólios criados pela própria Constituição. Veja-se, neste sentido, a lição de Fábio Konder Comparato, *in verbis*:

“No sistema de organização da ordem econômica, próprio das Constituições de 1946 e 1967-69, facultava-se aos Poderes Públicos, sob certas condições, ‘monopolizar determinada indústria ou atividade’. A vigente Carta Constitucional preferiu seguir o critério de enumeração taxativa dos setores ou atividades em que existe (independentemente, pois, de criação por lei) monopólio estatal, deferido agora exclusivamente à União (arts. 177 e 21, X, XI e XII). ‘Quer isto dizer que, no regime da Constituição de 1988, a lei já não pode criar outros monopólios, não previstos expressamente no texto constitucional’, pois contra isto opõe-se o princípio da livre iniciativa, sobre o qual se funda a ordem econômica (art. 170).”¹ (Grifos acrescentados).

Confira-se ainda, com idêntico entendimento, significativo trecho de Pinto Ferreira, *verbis*:

“Só existem monopólios criados pela Constituição. A Lei Magna ampliou o número de monopólios, que agora somam seis, ‘sendo vedada a instituição de outros tipos, exceto através de emenda constitucional’.”² (Grifos acrescentados).

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 despidiendia qualquer consideração sobre os motivos que possam ter justificado a edição do Decreto-lei nº 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.

Portanto, ainda que se admita, para argumentar, que os arts. 1º e 32 do Decreto-lei nº 204/67 tenham resistido ao contraste com as Constituições anteriores, é certo que tais dispositivos legais não foram recepcionados pela Carta de 1988, naquilo em que manietavam a autonomia dos Estados federados para disciplinar e explorar a atividade lotérica.

Importa, por fim, esclarecer a correta inteligência do art. 22, inciso XX, da Constituição, que confere à União competência privativa para legislar sobre “sistemas de consórcios e sorteios”. Tal dispositivo, averbe-se desde logo, em nada interfere com as teses até aqui sustentadas. Com efeito, nesta competência não se insere qualquer poder para legislar sobre loterias. E a tal conclusão se chega por diversas razões.

Toda interpretação jurídica se faz a partir do texto da norma, da revelação do sentido das palavras (interpretação semântica ou gramatical). Em seguida, cabe ao intérprete apurar a sua conexão com o sistema jurídico (interpretação sistemática) e identificar a finali-

1 Fábio Konder Comparato, *Monopólio público e domínio público — exploração indireta da atividade monopolizada in Direito Público: estudos e pareceres*, 1996, p. 149.

2 Pinto Ferreira, *Comentários à Constituição brasileira*, vol. 6, 1994, p. 388/389.

dade do preceito (interpretação teleológica), levando em conta seu processo de criação (interpretação histórica). Na interpretação constitucional, as palavras devem ser interpretadas em seu sentido comum e habitual, salvo se o contrário claramente resultar do relato normativo.¹ É à luz desse conhecimento convencional que se deve apreciar o alcance da expressão “sistemas de consórcio e sorteio”.

Os termos *consórcio* e *sorteio* são de utilização antiga no direito brasileiro, empregados na legislação ordinária há mais de trinta anos. No conteúdo de um e de outro jamais esteve abrigado ou se pretendeu incluir a atividade ou serviço lotérico. Pelo contrário, a Lei nº 5.768, de 20.12.71, ao tratar de sorteio e consórcio, cuida da distribuição gratuita de prêmios, a título de propaganda (art. 1º), e de operações que objetivem a aquisição de bens de qualquer natureza (art. 7º, I), referindo-se, ainda, à venda ou promessa de venda de mercadorias a varejo, mediante oferta pública e com recebimento antecipado do preço (art. 7º, II) e outras modalidades de captação antecipada de poupança popular mediante promessa de contraprestação em bens, direitos ou serviços. Vale destacar que a única referência a loteria constante desta Lei surge no dispositivo que determina que os sorteios nela previstos obedeçam aos resultados da Loteria Federal (art. 1º, § 4º).

A Lei nº 5.864, de 12.12.72, modificou o art. 4º da aludida Lei nº 5.768/71 para admitir sorteios organizados por instituições declaradas de utilidade pública para custeio de suas obras sociais. Nenhuma relação, portanto, com a exploração de loterias pelo Poder Público.

A doutrina constitucional, por seu turno, também não relaciona o art. 22, XX, da Lei maior com a atividade lotérica. J. Cretella Jr.,

comentando o preceptivo, assim se manifesta, *verbis*:

*“Compete — e, também, pela primeira vez, no Brasil — privativamente à União legislar sobre consórcios e sorteios. A causa do aparecimento dos consórcios e sorteios, novamente, como a do surgimento das cadernetas de poupança, é a desenfreada inflação. O preço dos carros e eletrodomésticos atinge grandes índices, pelo que se organizam consórcios e sorteios. Determinadas instituições privadas, credenciadas, abrem inscrição para a aquisição de carros, por exemplo. (...)”*² (Grifos do original).

Confirmam-se ainda, relacionando o termo sorteio a sistemas de consórcios, sem qualquer alusão a loterias, os comentários de Ives Gandra da Silva Martins,³ Pinto Ferreira⁴ e Carlos Ari Sundfeld.⁵ Pela coerência do raciocínio jurídico desenvolvido e pertinência com o objeto do presente parecer, vale a pena transcrever significativa passagem deste último, *in verbis*:

“Parece-me que a referida norma constitucional (art. 22, XX) sequer concedeu à União a atribuição de legislar sobre loterias. (...)”

Entendo que a chave da compreensão desta competência está no exame integral do referido inciso XX e na sua compatibilização com os outros incisos do art. 22. Cabe à União legislar sobre “sistemas de consórcios e sorteios”. Deve haver alguma identidade entre os dois elementos (consórcios e sorteios) que justifique a sua reunião em uma única norma.

E de fato há.

O consórcio é uma espécie de atividade econômica em que se capta poupança popular sob a promessa de sua utilização no pagamento do preço de um bem, a ser futuramente alienado, em data a ser determinada por sorteio. Estão envolvidos neste negócio tanto uma operação financeira (captação de

1 Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 1999, p. 127/128.

2 J. Cretella Jr., *Comentários à Constituição de 1988*, vol. 3, 1990, p. 1.579.

3 Ives Gandra da Silva Martins, *ob. cit.*, 3º vol., tomo I, p. 322/325.

4 Pinto Ferreira, *ob. cit.*, vol. 2, p. 78.

5 Carlos Ari Sundfeld, *ob. cit.*, p. 99/100.

poupança), quanto uma operação comercial (alienação de bens). Outras operações existem — e podem vir a ser criadas, dinâmico que é o mundo dos negócios — com semelhança estrutura. Um exemplo é o dos chamados ‘carnês’ (no estilo Baú da Felicidade), que constituem operação de captação de poupança, recolhida mensalmente e resgatável em prazo certo, com o atrativo de oferecimento de prêmios, através de sorteios.

O interesse de o legislador federal regular tal matéria 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.”

Deste modo, o sentido habitual com que a expressão “sistemas de consórcios e sorteios” é utilizada no direito brasileiro — tanto em sede legislativa como em sede doutrinária — não se refere à atividade de exploração de loterias. Atente-se para o fato de que o intérprete deve fiar-se no pressuposto de que, quando a nova Constituição mantém em algum dispositivo a mesma linguagem vigente no regime anterior, presume-se que não desejou alterar a interpretação que então se conferia ao preceito.¹

Por outro lado, deve-se partir da premissa de que todas as palavras do Texto Constitucional têm uma função e um sentido próprios. Não há palavras supérfluas na Constituição, nem se pode admitir como pressuposto que o constituinte incorreu em contradição ou obrou com má técnica. Assim, em linha de princípio, é impróprio supor que o constituinte haja empregado a mesma palavra para designar realidades distintas ou palavras distintas para designar uma mesma realidade.²

Veja-se, então: quando o constituinte se referiu a uma das modalidades lotéricas, utilizou a expressão “concurso de prognósticos”, consignada no art. 195, inciso III. Previu-se neste dispositivo que uma das fontes de custeio da seguridade social no país seriam os concursos de prognósticos, definidos pela legislação ordinária como modalidade de loteria. Confira-se, a propósito, o teor do art. 1º da Lei nº 6.717, de 12.11.79:

“Art. 1º A Caixa Econômica Federal fica autorizada a realizar, como modalidade da Loteria Federal regida pelo Decreto-lei nº 204, de 27 de fevereiro de 1967, concurso de prognósticos sobre o resultado de sorteios de números, promovido em datas prefixadas, com distribuição de prêmios mediante rateio.”

Não seria razoável supor, com base em adequada interpretação constitucional, que o constituinte tivesse se utilizado de expressões distintas com o mesmo sentido. Até porque não havia qualquer razão para fazê-lo. Vale salientar que, quando da edição da Constituição de 1988, a legislação antes invocada — tanto a que se refere a “sistemas de consórcios e sorteios”, como a relativa a “concursos de prognósticos” — já há muito se encontrava em vigor, não tendo sido alterada até os dias de hoje.

Portanto, não se referindo o inciso XX do art. 22 da Lei maior à atividade lotérica, a competência para legislar sobre tal matéria —

1 Luís Roberto Barroso, *ob. cit.*, p. 131. Ver também, no mesmo sentido, Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 1981, p. 311.

2 Luís Roberto Barroso, *ob. cit.*, p. 130.

assim como a competência administrativa para a exploração do serviço público de loterias — recai na regra geral da competência residual dos Estados-membros, prevista no art. 25, § 1º, da Constituição da República.

III. CARACTERIZAÇÃO DO BINGO COMO MODALIDADE DE LOTERIA.

A legislação brasileira fornece o conceito de loteria. Confira-se o teor do § 2º do art. 51 do Decreto-lei nº 3.688/41 (Lei de Contravenções Penais):

“Art. 51.....

§ 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.*”

Definição praticamente idêntica é encontrada no art. 40, parágrafo único, do Decreto-lei nº 6.259/44, cuja dicção é a seguinte:

“Art. 40.....

Parágrafo único. Seja qual for a sua denominação e processo de sorteio adotado, considera-se loteria toda operação, jogo ou aposta para a obtenção de um prêmio em dinheiro ou em bens de outra natureza, mediante colocação de bilhetes, listas, cupões, vales, papéis, manuscritos, sinais, símbolos, ou qualquer outro meio de distribuição dos números e designação dos jogadores ou apostadores.”

O enquadramento do bingo como uma espécie do gênero loteria é de singela demonstração. Recorra-se, em primeiro lugar, aos léxicos. O Dicionário Aurélio define bingo como “jogo semelhante ao loto”, e loto como “loteria oficial em que se sorteiam cinco dezenas, ganhando aqueles que acertarem a quina”. De seus verbetes se conclui ainda que loto (lôto), víspora e bingo são designações

diversas aplicáveis ao mesmo jogo.¹ A mesma conclusão se pode extrair do Pequeno Dicionário Enciclopédico Koogan Larousse.²

Assim, do ponto de vista lexical, não há qualquer dúvida quanto à caracterização do bingo como modalidade lotérica. Merece relevo o fato de que a definição legal de loteria é bastante ampla, abarcando o sorteio de números em que os apostadores devem atingir um objetivo previamente determinado, que caracteriza o loto ou bingo.

Por outro lado, as legislações federal e estadual qualificam o bingo como uma espécie de loteria. Tal demonstração requer uma breve digressão histórica sobre as legislações pertinentes.

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, o serviço público de loterias é explorado pela Loteria do Estado do Rio de Janeiro — LOTERJ, autarquia instituída pelo Decreto-lei nº 138, de 23 de junho de 1975, na qualidade de sucessora do Departamento Autônomo de Loteria do Estado do Rio de Janeiro — LOTERJ e da Loteria do Estado da Guanabara — LOTEG.

A Lei nº 1.167, de 01.07.87, autorizou a LOTERJ a realizar, como modalidade de loteria estadual, concurso de prognósticos sobre resultado de sorteios de números, promovido em datas prefixadas, com distribuição de prêmio mediante rateio. Tal Lei foi posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 14.869, de 01.06.90, que explicitou as modalidades de loterias que a LOTERJ poderia explorar.

A Lei nº 2.055, de 25.01.93, em seu art. 9º, autorizou expressamente a LOTERJ a promover “sorteio de bingo”, de conformidade com a legislação em vigor.³ Cabe frisar, por muito relevante, que inexistia à época qualquer legislação específica sobre bingos, seja no plano federal, seja no estadual. Deste modo, a alusão a “conformidade com a legislação em vigor” refere-se, à evidência, à legislação es-

1 Aurélio Buarque de Holanda, *Dicionário Aurélio da Língua portuguesa*, 1998.

2 Antônio Houaiss, *Pequeno dicionário enciclopédico Koogan Larousse*, 1987.

3 “Art. 9º Fica a Loteria do Estado do Rio de Janeiro — LOTERJ autorizada a distribuir prêmios relativos ao ‘sorteio de bingo’, de conformidade com a legislação em vigor.”

tadual sobre loterias. Até por razões de ordem lógica, ficava assim caracterizado que o sorteio de bingo se constituía em uma das modalidades lotéricas suscetíveis de exploração pela LOTERJ.

Merece relevo, assim, o caráter pioneiro da legislação do Estado do Rio de Janeiro em matéria de exploração das loterias de bingo. De fato, somente com o advento da Lei nº 8.672, de 06.07.93 (a chamada "Lei Zico"), e seu regulamento, instituído pelo Decreto nº 981, de 11.11.93, é que surgem, no plano federal, as loterias de bingo, destinadas a angariar recursos para o fomento do desporto. Vale conferir a redação do art. 45 do Decreto nº 981/93:

"Art. 45. Os sorteios mencionados no artigo 40 deste Decreto ficam restritos à utilização das seguintes 'modalidades lotéricas':

I — Bingo: loteria em que se sorteiam ao acaso números de 1 a 90, mediante sucessivas extrações, até que um ou mais concorrentes atinjam o objetivo previamente determinado, utilizando processo isento de contato humano que assegure integral lisura aos resultados;

II —

III — Bingo Permanente: a mesma modalidade prevista no inciso I, com autorização para ser aplicada nas condições específicas deste Decreto."

Veja-se que a qualificação do bingo como espécie de loteria é expressa no Decreto. Nada mais natural, aliás, pois a definição de bingo adotada se subsume perfeitamente no conceito legal de loteria previsto no § 2º do art. 51 do Decreto-lei nº 3.688/41 e no art. 40, parágrafo único, do Decreto-lei nº 6.259/44.

Posteriormente, em 24.03.98, foi editada a Lei nº 9.615 (a chamada "Lei Pelé"), que revogou integralmente a "Lei Zico", mantendo, no entanto, os bingos como fonte de recursos para o desporto. O Decreto nº 2.574, de 29.04.98, regulamentando a "Lei Pelé", assim dispõe em seu art. 74:

"Art. 74.....

§ 1º Jogo de bingo constitui-se de loteria em que se sorteiam ao acaso números de 1 a

90, mediante sucessivas extrações, até que um ou mais concorrentes atinjam o objetivo previamente determinado.

*§ 2º Somente serão permitidas a instalação e a operação, em salas próprias, de máquinas eletrônicas programadas, única e exclusivamente, para a exploração do jogo de bingo, nos termos do disposto no parágrafo anterior."*¹

Vê-se assim que o Decreto nº 2.574/98 também conceitua o jogo de bingo como modalidade lotérica, seja quando a extração se dá mediante processo mecânico, seja quando ela se perfaz através de máquinas eletrônicas programadas. O art. 75 do mesmo Decreto estabelece, em seus §§ 4º e 5º, as espécies de bingo admitidas:

"§ 4º Considera-se bingo permanente aquele realizado em salas próprias, com utilização de processo de extração isento de contato humano, que assegure integral lisura dos resultados, inclusive com o apoio de sistema de circuito fechado de televisão e difusão de som, oferecendo prêmios exclusivamente em dinheiro."

"§ 5º Bingo eventual é aquele que, sem funcionar em salas próprias, realiza sorteios periódicos, utilizando processo de extração isento de contato humano, podendo oferecer prêmios exclusivamente em bens e serviços."

Assim, antes da revogação operada pelo Decreto nº 3.214/99, admitia o Decreto nº 2.574/98 que o bingo permanente poderia ser explorado da forma tradicional, com distribuição de cartelas e sorteio coletivo de números, ou através de máquinas eletrônicas programadas. Tal era ainda o que se continha no art. 2º da Portaria nº 23, de 08.06.99, do INDESP, que definia o bingo eletrônico como uma modalidade de bingo permanente.

Pois bem. Até aqui ficou claro que os jogos de bingo, em qualquer uma de suas espécies, constituem modalidades de loterias, sendo assim definidos pelos léxicos e pela legislação federal e estadual. Por serem loterias, nada impede a sua regulamentação e exploração

1 Tal parágrafo foi recentemente revogado pelo Decreto nº 3.214, de 21 de outubro de 1999.

pelos Estados-membros, consoante acima demonstrado.

Fundado precisamente neste entendimento, bem como no art. 9º da Lei estadual nº 2.055/93, o Governador do Estado do Rio de Janeiro editou o Decreto nº 25.723, de 16.11.99, dispondo sobre a exploração de loterias de bingo pela Loteria do Estado do Rio de Janeiro — LOTERJ. Dispõe o art. 1º do referido Decreto:

“DAS MODALIDADES LOTÉRICAS

Art. 1º Poderão ser exploradas pela Loteria do Estado do Rio de Janeiro — LOTERJ, sem prejuízo de outras modalidades, as seguintes espécies de loterias:

I — Loteria de Bingo Tradicional, que consiste em sorteios, ao acaso, de números de 1 a 90, que serão alinhados em cartelas, com extrações sucessivas, até que um ou mais concorrentes atinjam o objetivo previamente determinado, sendo a premiação mediante ração;

II — Loteria de Bingo Eletrônico, que consiste na utilização de terminal eletrônico munido de vídeo, cilindros ou qualquer outra forma de demonstração da combinação vencedora, contendo gerador de números aleatórios, símbolos ou figuras, acionado diretamente pelo jogador, mediante aposta em dinheiro ou seu equivalente, proporcionando prêmios em dinheiro;

III — Loteria de Bingo Similar, que consiste na realização de sorteios eventuais, sem funcionamento em salas próprias, utilizando processo de extração aleatória isento de contato humano, podendo oferecer prêmios exclusivamente em bens ou serviços.”

O Decreto estadual reproduz, substancialmente, as mesmas modalidades de bingo contempladas na legislação federal. Veja-se que a revogação do dispositivo do Decreto no 2.574/98 que permitia a utilização de máquinas eletrônicas programadas representou opção discricionária do Poder Executivo federal, não repercutindo de qualquer forma sobre a competência estadual para legislar sobre a atividade lotérica. Nada obstante, não se pode dizer que o legislador estadual tenha inovado, uma vez que a máquina eletrônica não constitui modalidade autônoma de bingo, sendo

apenas o veículo da extração dos números sorteados, tal como o globo metálico no bingo tradicional.

De todo modo, qualquer norma federal que pretenda impedir o exercício da competência dos Estados federados para explorar os jogos de bingo, consoante as normas por eles editadas, estará eivada de inconstitucionalidade, pelos mesmos motivos elencados para demonstrar a ilegitimidade dos arts. 1º e 32 do Decreto-lei nº 204/67.

IV. ASPECTO PENAL: ATIPICIDADE DA EXPLORAÇÃO DE LOTERIAS AUTORIZADAS PELOS ESTADOS-MEMBROS.

Resta considerar, por fim, a circunstância de que a União Federal detém, nos termos do art. 22, inciso I, da Constituição da República, competência privativa para legislar sobre direito penal. No exercício de tal competência foi editado o art. 51 da Lei de Contravenções Penais (decreto-lei nº 3.688/41), segundo o qual constitui contravenção penal “promover ou fazer extrair loteria, sem autorização legal.” Argumenta-se que os Estados, por não terem competência legislativa em matéria penal, não poderiam explorar a atividade lotérica ou autorizar a sua exploração, sob pena de tornar inócua a norma federal incriminadora.

O argumento soa como um sofisma. Na verdade, estabelecido, por definição legal, que a atividade lotérica é um serviço público, não é possível conceber a existência de um “serviço público criminoso”. Com argúcia e espírito, Diogo de Figueiredo Moreira Neto assim expõe a questão, *verbis*:

“(...) sua simples caracterização legal (das loterias) como serviço público é, ‘per se’, suficiente para retirá-la da categoria penalmente tipificada: nenhuma atividade pode ser, ao mesmo tempo, uma contravenção e um serviço público.

E não se argumente que a União, competente para incriminar ou descriminar uma conduta, pode fazê-lo ‘parcialmente’, isto é: não será crime ou contravenção apenas quando se tratar de um serviço público ‘fe-

deral'... Se for estadual, teremos um 'serviço público criminoso'!"¹

Note-se ainda, em acréscimo, que a contravenção só se caracteriza quando ausente a "autorização legal". Assim, constitui questão prévia à configuração da infração saber se a atividade lotérica foi autorizada pelo Poder Público competente. A questão constitucional é anterior à questão penal. Ora, como já cumprimamente demonstrado, os Estados federados possuem competência para explorar diretamente ou autorizar a exploração de loterias. Portanto, a exploração de loterias autorizadas por Estado-membro não configura o tipo contravençional previsto no art. 51 do Decreto-Lei nº 3.688/41.

Vale transcrever, neste ponto, trecho inspirado do Ministro Oswaldo Trigueiro, extraído do parecer já citado, *verbis*:

"O que está em causa não é uma contravenção — praticada por pessoa física — é um problema de direito constitucional, entre pessoas jurídicas de direito público. Discute-se apenas se a loteria cai no domínio da competência da União.

*Como é curial, isso não se resolve com o art. 51 da Lei de Contravenções. Porque, se o Estado for para isso competente, criará a loteria por 'lei', o que desde logo afasta a incidência da contravenção. De resto, a contravenção não é meio hábil de reformar-se o regime político. A União não poderia, por exemplo, absorver qualquer serviço estadual, pelo expediente de torná-lo federalmente lícito e estadualmente punível. Poderia ela tornar federal o serviço de licenciamento de veículos, mediante o expediente de declará-lo exclusivo, por lei ordinária, e incluir na lei de contravenções 'o licenciamento sem autorização legal?' Está claro que seria um expediente impróprio para redistribuir os poderes da União e dos Estados, à revelia do processo correto da reforma constitucional."*²

De parte isto, é de proveito atentar para a

figura típica prevista no art. 53 da Lei de Contravenções: "introduzir, para o fim de comércio, bilhete de loteria estadual em território onde não possa legalmente circular." Com esta contravenção, o legislador reconhece claramente a legalidade das loterias estaduais, circunscrevendo apenas a sua comercialização ao território do Estado-membro respectivo.

Igual entendimento se aplica na interpretação do art. 75 da Lei nº 9.615/98 ("Lei Pelé"), que assim dispõe:

"Art. 75. Manter, facilitar ou realizar jogo de bingo sem a autorização prevista nesta Lei:

Pena — prisão simples de seis meses a dois anos, e multa."

Ora, assentado que os Estados podem explorar loterias e que os jogos de bingo, a seu turno, constituem espécie do gênero loteria, não se pode negar aos Estados competência constitucional para autorizar a realização de jogos de bingo. O tipo penal previsto no art. 75 da "Lei Pelé" contém, na verdade, uma expressão oculta ou implícita: manter, facilitar ou realizar o jogo de bingo *previsto nesta Lei*, sem a autorização nela prevista. Por evidente, se o bingo foi autorizado pelo Estado-membro, no exercício de sua competência constitucional, não há que se exigir a autorização prevista na "Lei Pelé", nem tampouco se há que cogitar da configuração do ilícito penal previsto no seu art. 75.

O mesmo raciocínio deve ser aplicado a todas as normas da "Lei Pelé" restritivas, direta ou indiretamente, da autonomia estadual, como os arts. 72, 73 e 74. Tais restrições devem ser havidas como aplicáveis, apenas, ao "bingo federal", assim compreendido aquele autorizado pela União, através do IN-DESP, e submetido, portanto, às normas da "Lei Pelé". O "bingo estadual", obviamente, se submete a outro estatuto jurídico, editado pelo Estado que autorizou o seu funcionamento.

Ressalte-se, entretanto, que o legislador es-

1 Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Legalidade...*, p. 240.

2 Oswaldo Trigueiro, *ob. cit.*, p. 41.

tadual não poderá agir sem limites, invertendo a situação aqui descrita, de molde a tornar letra morta a competência privativa da União Federal para legislar sobre matéria penal. Por evidente, o Estado não está legitimado a autorizar todo e qualquer tipo de jogo, devendo restringir-se às definições legais e doutrinárias do que se entenda por loteria, ainda que em suas diversas modalidades.

Ademais, deverá o Estado pautar-se estritamente pela finalidade a que se destina a exploração da atividade lotérica: a obtenção de receitas públicas não tributárias para custeio de obras e serviços de caráter assistencial ou fomento de atividades de reconhecido interesse público, como, v.g., o desporto.

Em suma, o legislador estadual, embora autônomo em relação à União no que se refere à disciplina da atividade lotérica, encontra limites na conceituação legal e doutrinária de loteria existente, bem como nos fins que justificam a sua exploração como um serviço público.

A legislação do Estado do Rio de Janeiro sobre bingos não ultrapassa nenhum destes limites. No que toca às modalidades disciplinadas no Decreto nº 25.723/99 — bingo tradicional, bingo eletrônico e bingo similar — é de se ver que elas correspondem, com notável semelhança, às modalidades de bingo federal previstas na Lei nº 9.615/98 — o bingo permanente e o bingo eventual.

Saliente-se, uma vez mais, que o bingo eletrônico nada mais é que uma espécie do bingo explorado em salas próprias, intitulado pela legislação federal como bingo permanente. Aliás, como já mencionado, esta classificação constava expressamente do art. 2º da Portaria nº 23, de 08.06.99, do INDESP.¹ Logo, não se pode dizer que o Estado tenha *criado* uma modalidade de loteria diversa daquelas admitidas na legislação federal, ainda que o pudessem fazer.

A loteria de bingo eletrônico é, assim, uma modalidade lotérica típica, suscetível de ser explorada tanto pela União como pelos Esta-

dos. A revogação do § 2º do art. 74 do Decreto no 2.574/98, que permitia a utilização de máquinas eletrônicas programadas nas salas de bingo — o correspondente ao “bingo eletrônico” estadual — representou, repita-se, mera opção discricionária do Poder Executivo federal, não repercutindo de qualquer forma na esfera estadual.

De outra parte, merece destaque o fato de que as premiações previstas no Decreto nº 25.723/99 para os “bingos estaduais” são iguais (no caso da loteria de bingo tradicional, art. 7º, I) ou superiores (no caso das loterias de bingo eletrônico e bingo similar, arts. 9º e 15) àquelas instituídas pelo Decreto nº 2.574/98 para os “bingos federais”. Isto significa que a legislação estadual é ainda mais rigorosa que a federal no que se refere à reversão obrigatória de percentuais dos recursos gerados para os apostadores, o que afasta qualquer suspeita de violação ao princípio da moralidade na autorização de funcionamento dos bingos pelo Estado do Rio de Janeiro.

Por fim, as receitas remanescentes à premiação e ao custeio de despesas de administração, operação e divulgação dos bingos convertem-se em recursos destinados às entidades desportivas (fomento do desporto) ou à LOTERJ, que os aplicará, necessariamente, nos termos do art. 20 do Decreto nº 25.723/99, em “projetos de interesse social relacionados à segurança pública, à educação, ao desporto, à moradia e à seguridade social, com ênfase para a saúde, sob supervisão da VIDA — Obra Social do Estado do Rio de Janeiro ou de entidade que venha a sucedê-la.” A loteria em questão cumpre, assim, sua finalidade essencial, que é a obtenção de receitas não tributárias para o Poder Público destinadas ao custeio de obras e serviços sociais ou fomento de atividades de reconhecido interesse público.

Por todo o exposto, fica demonstrado que o Estado do Rio de Janeiro, ao editar a Lei nº 2.055/93 e o Decreto nº 25.723/99, exerceu legitimamente sua competência para regula-

1 “Art. 2º Para os efeitos do disposto nesta Portaria considera-se bingo eletrônico uma modalidade de bingo permanente instalado em um máquina eletrônica programada — MEP (...)”

mentar e explorar as modalidades lotéricas de bingo, de plena conformidade com a sistemática constitucional vigente.

V. CONCLUSÕES.

As conclusões extraídas ao final do presente parecer podem ser sintetizadas nas proposições objetivas seguintes:

I. A atividade lotérica é tradicionalmente tratada no Brasil, inclusive por expressa previsão legal, como serviço público.

II. A Constituição da República, ao enunciar as competências legislativas da União, não prevê a respeito de loterias. O art. 22, XX, do Texto Constitucional, consoante interpretação legislativa e doutrinária, refere-se tão-somente às atividades econômicas que envolvem a distribuição gratuita de prêmios a título de propaganda e bem assim a captação e utilização de poupança popular, como consórcios e vendas de títulos de capitalização.

III. Não havendo norma constitucional que reserve à União, em caráter exclusivo, a regulamentação e exploração da atividade lotérica, aplica-se à hipótese a regra da competência remanescente dos Estados, prevista no art. 25, § 1º, da Constituição.

IV. Por via de consequência, os dispositivos do Decreto-lei federal nº 204/67 que qualificam como exclusivo da União o serviço público de loterias e restringem a competência dos Estados para a sua regulamentação e exploração, além de serem originariamente inconstitucionais, quando de sua edição, não foram recepcionados pela Constituição de 1988.

V. De acordo com a sua definição dicionarizada e por força de expressa previsão nas legislações federal e estadual, o jogo de bingo constitui modalidade de loteria, suscetível, como tal, de regulamentação e exploração pelos Estados.

VI. No exercício de tal competência, pode o Estado-membro definir as modalidades de

bingo a serem exploradas e regulamentar a forma de delegação da sua exploração a particulares. O fato de a legislação federal não contemplar (ou haver deixado de contemplar) determinada modalidade de bingo — o bingo eletrônico — não interdita a possibilidade de o Estado contemplá-la em sua legislação.

VII. O tipo penal previsto no art. 51 da Lei de Contravenções Penais (“loteria não autorizada”) não se configura quando a modalidade lotérica houver sido regularmente autorizada pelo Estado, no exercício de sua competência constitucional. Com efeito, sendo a atividade lotérica serviço público e suscetível de exploração pelos Estados, é imperioso concluir que a autorização estadual afasta a incidência da norma incriminadora, pois não se pode admitir a existência de um “serviço público criminoso”. Aliás, a própria Lei de Contravenções tipifica em seu art. 53, apenas, a exploração de loterias estaduais fora dos limites territoriais do Estado que a houver autorizado, o que, a *contrario sensu*, faz legítima a exploração da loteria estadual no território do Estado que a autorizou.

VIII. O ilícito penal definido no art. 75 da “Lei Pelé” só se configura quando se tratar do bingo previsto e regulamentado por aquela mesma Lei. Por evidente, quando o bingo houver sido autorizado pelo Estado, não se há que cogitar da autorização do ente federal prevista na “Lei Pelé”, nem tampouco da caracterização do tipo em questão. Do contrário, estar-se-ia admitindo que a legislação penal pudesse criar, à margem da Constituição, um monopólio da União sobre a exploração dos bingos.

IX. O Decreto estadual nº 25.723/99, que regulamentou a exploração de modalidades lotéricas de bingo pela Loteria do Estado do Rio de Janeiro — LOTERJ, foi editado com estrita observância das normas constitucionais sobre repartição de competências e dos princípios da moralidade e da razoabilidade.

É como me parece.

Luís Roberto Barroso