

A POSSIBILIDADE DE INSTITUIÇÃO DE APOSTAS VIRTUAIS PELAS LOTERIAS ESTADUAIS NO BRASIL E AS LIMITAÇÕES DECORRENTES DO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO¹

Allan Fuezi Barbosa²

Sumário: Introdução. 1. As loterias no Brasil. 1.1. Elementos conceituais. 1.2. Competência legislativa. 1.3. Competência político-administrativa. 2. A normatização nacional e as disposições sobre as loterias federais. 2.1. A autorização. 2.2. As modalidades de loterias federais. 2.3. O múltiplo papel da SEAE: nacional e federal. 3. Do permissivo às loterias estaduais. 3.1. Fundamento normativo. 3.2. A exploração de loterias pelos estados e a competência regulamentar. 3.3. As limitações das loterias estaduais. 4. A virtualização das apostas lotéricas no Brasil. 4.1. O modelo tradicional das apostas no país. 4.2. Da virtualização das apostas nas loterias federais. 4.3. A oferta das apostas virtuais pelas loterias estaduais. 4.3.1 Da possibilidade de oferta virtual. 4.3.2. Das limitações gerais necessárias à implementação. 4.3.2.1. A necessidade de emissão de título nominativo e intransferível. 4.3.2.2. As restrições territoriais de emissão e as vendas passivas. 4.3.2.3. O resgate de premiação em território estadual. 4.3.2.4. As modalidades de loterias permitidas. 4.3.2.5.

¹ Artigo terceiro colocado no Prêmio Seae de Loterias 2017 – Secretaria de Acompanhamento Econômico – Ministério da Fazenda – Brasil.

² Mestrando em Direito da Concorrência e da Regulação pela Universidade de Lisboa, tendo participado do Programa Erasmus+, na Universidade de Bolonha (Itália). Pós-Graduado em Direito Europeu em Acção - A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (Instituto de Direito Europeu - Universidade de Lisboa). Pós-Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSal) e em Administração pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Advogado.

O teto das despesas administrativas. Conclusão. Referências

Resumo: A instituição e a exploração de loterias no Brasil pressupõem uma derrogação parcial na norma de proibição dos jogos de azar no país. Nesse contexto proibitivo, o presente trabalho objetiva verificar a hipótese da viabilidade de instituição de apostas virtuais pelas loterias dos estados do Brasil, bem como definir os eventuais limites de sua implementação, de acordo com o arcabouço jurídico pátrio.

Desse modo, justifica-se tal pesquisa, diante da notória relevância social da proposta, uma vez que, em um contexto de restrição nos gastos e redução das receitas nacionais, a obtenção de contribuições diversas para atividades de relevante interesse social torna-se fundamental. Como no país as loterias correspondem a um serviço público com natureza de fomento, trata-se de uma fonte de rendimentos para inúmeras atividades pública ou de utilidade geral. Por outro lado, o ambiente de revolução tecnológica que permeia as relações sociais e comerciais enseja a discussão acerca da virtualização de diversos serviços, o que não seria diferente com relação às loterias.

Assim, sob a perspectiva de um trabalho de caráter preponderantemente explicativo, utilizando-se dos procedimentos de compreensão bibliográfica (teórica), legal e jurisprudencial, aborda-se dedutivamente o fenômeno em estudo, através da documentação indireta, no intuito de se comprovar a hipótese supramencionada.

Inicialmente, a monografia abará a compreensão geral das competências legislativa e político-administrativa da disciplina, de modo a concluir apenas pela detenção da segunda pelos estados, sendo a União responsável pela edição de norma nacional sobre as loterias. Não obstante, observa-se que aos entes estaduais impõem-se algumas limitações decorrentes da própria essência da preservação do federalismo brasileiro e em razão da competência privativa da União para legislar sobre a questão.

Por conseguinte, verifica-se de que maneira o movimento de transformação das novas tecnologias poderia interferir no mercado das loterias, inclusive com as restrições atinentes à segurança do serviço e proteção ao apostador; em síntese, a característica fundamental desse tipo de aposta passa ser o bilhete nominativo intransferível. Com base nessa conclusão, passa-se a verificar a possibilidade de oferta de apostas virtuais no âmbito da loteria estadual, indicando-se, entretanto, as limitações que devem ser impostas a essas entidades, para que o serviço possa se conformar aos parâmetros do ordenamento jurídico brasileiro. Destarte, concluiu-se que a implementação do modelo de aposta virtual na esfera das loterias estaduais deveria se submeter a limitações relativas à necessidade de emissão de título nominativo e intransferível, ao respeito às restrições territoriais, à imposição de resgate em território estadual, à vinculação às modalidades de loterias permitidas em legislação nacional e à imposição de teto para gastos com despesas administrativas das entidades lotéricas. Portanto, respeitando-se os parâmetros limitativos, a realização de apostas pela internet deve ser permitida pelo órgão autorizador – o Ministério da Fazenda, através da SEAE.

Palavras-Chave: Regulação; loterias estaduais; apostas virtuais.

INTRODUÇÃO



s jogos de azar remontam ao período pré-histórico, tendo ultrapassado a Antiguidade, quando eram utilizados como meio de contato com o divino, até a evolução para um instrumento de diversão dos cidadãos³,

³ Nesse período evolutivo, ainda verificou-se a experiência genovesa de substituir membros da Câmara e do Senado através de sorteios. Deve-se observar, de todo modo, que os jogos de azar, ao longo da história, foram responsáveis pelo financiamento de grandes obras e instituições, tais como a Muralha da China e as universidades americanas de Harvard, Yale, Princeton e Columbia. Nesse sentido, ver Caixa Econômica Federal (2010, p. 13-15).

com a finalidade arrecadatória, para o fomento de projetos e instituições socialmente relevantes⁴. Entretanto, ao mesmo tempo em que a atividade fora concebida como um meio de entretenimento, também passou a ser considerada um serviço contestável, diante dos problemas relativos ao vício de jogadores inveterados, dos desequilíbrios e descontentamentos sociais advindos da aleatoriedade dos jogos⁵, e do oferecimento de um meio propício à lavagem de dinheiro, porquanto trata-se de atividade atrelada estritamente à geração e à circulação de dinheiro⁶.

Considerando-se esses fatos, ainda que existam opiniões contrárias⁷, a regulação e até mesmo a proibição estatal das loterias foram soluções criadas pelos países para o controle das externalidades negativas causadas pelo desenvolvimento desse serviço. Por exemplo, no Brasil, desde as Ordenações Filipinas⁸ percebe-se a preocupação estatal com essa atividade, por meio da regra da proibição dos jogos de azar, a qual apenas é mitigada, até os dias atuais, através de autorizações específicas, em clara

⁴ Para tanto, observe-se Caixa Econômica Federal (2010, p. 15), destacando-se a lista de exemplos mundiais que corroboram a atual finalidade das loterias, como os Estados Unidos, que revertem recursos para a saúde e educação, a Inglaterra, que tem a finalidade de beneficiar projetos de artes, esportes, ações sociais e saúde, além de Portugal, país que reverte parte dos recursos obtidos com as loterias para saúde e bem-estar das crianças, através da Santa Casa de Misericórdia de Lisboa.

⁵ De acordo com Maria Luíza Foz Mendonça (2005, p. 390), “[o]s jogos de azar, nos quais a habilidade individual é irrelevante para seu resultado, têm uma tradição de proibição que remonta ao direito romano. Acreditava-se, então, que o jogo estava relacionado ao descabro, desentendimentos e brigas”.

⁶ “Gambling is an activity in which the only product which changes hands is money. All commercial gambling is therefore cash generating and cash circulating, and as such is susceptible to criminal involvement (for example, with money laundering) and can be addictive to individuals” (In: Gaming Board for Great Britain, Annual Report 1994/1995, HC 587 (1995) para 2.2., *apud* MIERS, 1996, p.490).

⁷ Para Cohen (2001, p. 744-745), “[t]he widespread intellectual disapproval of lotteries does not even rest on such a deep analysis but instead on a numbness to the symbolic appeal of the activity. Prohibitions, state monopolization and disproportionate taxation of lotteries are to be appreciated as nothing more profound or wise than the deaf and blind legislating in the best interest of the merely blind”.

⁸ Ordenações Filipinas (Livro V, Tit. LXXXII). Sobre o hitórico brasileiro, ver também Amaral (2005, p. 30).

derrogação da norma legal proibidora⁹.

Outrossim, é nesse contexto de regra da vedação dos jogos de azar que o desenvolvimento do presente trabalho deve ser compreendido. Primeiramente, buscar-se-á analisar o enquadramento entre as hipóteses permitidas pela normatização nacional, sobre a instituição de loterias estaduais. À vista disso, passa-se a verificar a concepção de apostas virtuais no âmbito das loterias dos Estados-membros, para, enfim, indicar as limitações que devem ser impostas a essas entidades, na execução de serviço por meio eletrônico, como forma de atendimento aos parâmetros do ordenamento jurídico pátrio.

1. AS LOTERIAS NO BRASIL

Inicialmente, para o desenvolvimento do presente trabalho, necessário se faz compreender os elementos conceituais da figura da loteria, além de notar de que maneira o arcabouço jurídico brasileiro distribui as competências legislativas, assim como político-administrativa na matéria em estudo.

1.1. ELEMENTOS CONCEITUAIS

O contorno conceitual de loteria tem bastante dissonância na doutrina pátria¹⁰, a qual costuma proceder inúmeras diferenciações e convergências entre as definições de loterias, jogos de azar, concursos de prognósticos, jogos, apostas entre outros. Nesse passo, com o intuito de erigir uma definição própria do cenário brasileiro, entende-se pela compreensão de três

⁹ Vide o artigo 50, da Lei de Contravenções Penais. Ressalve-se, no entanto, que a regra da proibição teve um período de suspensão durante o Estado-Novo.

¹⁰ Em uma perspectiva generalista, Pontes de Miranda (1971, p. 440) defendia que “[l]oterias são jogos de azar entre muitos e um só, mediante determinado plano, pelo qual a tirada de uma ficha, ou a aparição de um número, ou, ainda, qualquer outro meio semelhante de sortear, decide sobre a perda do jogador correspondente, ou de seu ganho”.

elementos importantes na construção conceitual, quais sejam, a licitude do jogo, a natureza de fomento e a caracterização de serviço público.

O primeiro aspecto da loteria diz respeito à licitude, ou seja, à derrogação da norma penal proibitiva do jogo de azar¹¹. Nesse sentido, a Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei n. 3.688, de 1941) diferencia, para fins criminais, no § 3º do artigo 50 e no § 2º e *caput* do artigo 51, o jogo de azar da loteria, sendo esta modalidade de jogo autorizadas por lei, enquanto que aquele corresponde a um universo amplo de apostas e sorteios não permitidos pela legislação¹². Então, a instituição e a exploração de loterias pressupõem uma autorização normativa capaz de derrogar a proibição vigente para todo o universo dos jogos de azar.

Em relação à natureza de fomento, esta tem justificativa nas finalidades arrecadatórias às quais as loterias estão atreladas, particularmente envolvidas no desenvolvimento e ampliação¹³ de uma atividade pública ou de utilidade geral¹⁴. Trata-se de um atributo das loterias, com vistas ao rompimento da inércia inoperante¹⁵, em atividades socialmente relevantes do Estado, o qual, para Caio Tácito (1988, p. 52), passa a ser presente, “[...] *porque diretamente as explorem, ou porque as concedam,*

¹¹ A expressão “derrogação excepcional das normas de Direito Penal” fora incluída no artigo 1º, do Decreto-lei n. 204, de 1967.

¹² Para fins desta monografia, considera-se loteria uma espécie lícita de jogo de azar, tal como ensinamento de Pontes de Miranda, esposado previamente.

¹³ Segundo Luis Jordana de Pozas (1949, p. 50), a atividade de fomento “[...] *persigue que nazca, se desarrolle o multiplique una institución, una actividad o una riqueza*”.

¹⁴ Luis Jordana de Pozas (1949, p. 46) leciona que “[p]odríamos definirla como la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos”.

¹⁵ “*Pretende-se, agora, melhor utilizar o potencial contributivo do Estado pela via lotérica, em favor de ‘projetos de interesse social com prioridade na aplicação para as regiões menos desenvolvidas do Estado’. Este rompimento da inércia tem, necessariamente, um preço*” (MOREIRA NETO, 1988, p. 241).

*mediante autorização para serem geridas por particulares”*¹⁶. Por outro lado, malgrado o fato da natureza finalística da loteria ser de estímulo às tarefas públicas ou de utilidade geral, não se trata de uma atividade de fomento do Estado, mas de um serviço público. Esse, por conseguinte, é o terceiro elemento do soerguimento conceitual da figura da loteria, sobre o qual deve-se expor os argumentos necessários à caracterização da atividade em análise como serviço público lotérico.

À parte de qualquer divergência doutrinária¹⁷, adota-se a definição conferida por Maria Sylvia Zanella di Pietro (2010, p. 102), que considera como serviço público *“toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob o regime jurídico total ou parcialmente público”*. Em outras palavras, é a lei que confere o atributo de serviço público a uma atividade desempenhada pelo Estado, tal como ocorre com a positivação, no artigo 1º do Decreto-lei n. 204/1967, sobre as loterias¹⁸. Além disso, a satisfação das necessidades coletivas não diz respeito ao atendimento de uma prerrogativa própria da atividade estatal, razão pela qual considera-se um serviço público impróprio¹⁹.

¹⁶ Acerca dos repasses das loterias exploradas pela Caixa Econômica Federal – CAIXA (2016), ver o documento disponível em <http://www.caixa.gov.br/Downloads/caixa-loterias/LOTerias_valores_repassados_2016.pdf>.

¹⁷ Por todos, verificar Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 677), que diferencia os serviços públicos (inerentes à atividade estatal), submetidos ao regime de direito público, dos serviços governamentais (exploração da atividade econômica pelo Estado), em que há um regime jurídico híbrido (público e privado), entre os quais estavam as loterias.

¹⁸ Observe-se que este não fora o primeiro diploma legal a conferir tal *status* às loterias. Conforme mencionado por Moreira Neto (1988, p. 238), trata-se de um serviço público *“[...] de longa data assim reconhecido no Direito Pátrio, pelo menos desde 1932, quando surgiu a primeira lei sobre loterias, o Decreto n. 21.143 (artigo 20), e da mesma forma tratado pelos dois diplomas federais em vigor (art. 4º, do Decreto-lei n. 6.259/44 e art. 1º do Decreto-lei n. 204/67)”*.

¹⁹ No dizer de Caio Tácito (1988, p. 55), *“[é] certo que a loteria instituída pela União, ou pelo Estado-membro, não tem a natureza essencial de um serviço público próprio,*

Portanto, após a identificação dos elementos caracterizadores, pode-se definir loteria como um serviço público impróprio, com o objetivo de financiamento de atividades socialmente relevantes, através da oferta de entretenimento, por meio de jogo de azar lícito, cujas apostas são vinculadas a quantias em dinheiro, na expectativa de ocorrência de evento incerto, que resultaria na obtenção de um ganho econômico denominado de prêmio.

Assim, tendo-se como base os parâmetros dessa definição, sobeja-se a análise das competências em matéria de loteria, mormente para verificar o elemento lícito da figura em estudo.

1.2. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

A competência legislativa da matéria de loteria tem fundamento no inciso XX, do artigo 22 da Constituição Federal, o qual dispõe que à União compete privativamente legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios²⁰. Trata-se do que José Afonso da Silva (2006, p. 502) classificou de modalidade administrativo-monetária de competências legislativas privativas da União sobre Direito Administrativo.

Assim sendo, *a priori*, não poderiam os Estados-membros legislar acerca do sistema de loteria, porquanto as suas competências legislativas “*se definem por exclusão do que houver sido definido pelo constituinte como integrante do domínio da*

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”.

²⁰ De acordo com precedente do Supremo Tribunal Federal: “*Ementa: (...) 1. Esta Suprema Corte já assentou que a expressão 'sistema de sorteios' constante do art. 22, XX, da Constituição Federal alcança os jogos de azar, as loterias e similares, dando interpretação que veda a edição de legislação estadual sobre a matéria, diante da competência privativa da União.*” (ADI 3895, Relator Ministro Menezes Direito, Tribunal Pleno, julgamento em 4.6.2008, DJe de 29.8.2008). No mesmo sentido, outras decisões da Corte seguem esse entendimento, como na ADI 2950, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgamento em 29.8.2007, DJe de 1.2.2008 e na ADI 2995, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgamento em 13.12.2006, DJe de 28.9.2007.

competência da União e dos Municípios. A competência dos Estados-membros é residual, nesse sentido” (MENDES; BRANCO, 2016, nota de rodapé 64, p. 859); logo, se os entes federativos estaduais dispuserem sobre assunto reservado à União, a norma editada será considerada inconstitucional²¹. Entretanto, doutrina dissonante entende que os Estados detêm a competência para legislar sobre o tema, com fundamento em sua competência constitucional residual, uma vez que à cláusula de “consórcios e sorteios”, insculpida no artigo 22, XX, da Constituição, não poderiam ser enquadradas as loterias²².

De todo modo, por força da Súmula Vinculante 2 do Supremo Tribunal Federal (STF)²³, acabou-se por dirimir, sob o ponto de vista de aplicabilidade prática, qualquer divergência acerca da competência privativa da União para a edição de leis acerca da disciplina em questão. Na conformidade do referido mandamento vinculativo aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública em todas as esferas²⁴, “[é] inconstitucional a lei ou ato normativo Estadual ou Distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias”.

Todavia, os poderes conferidos privativamente (para legislar sobre determinadas matérias) à União podem ser

²¹ STF, ADI n. 112/BA, Ministro Relator Néri da Silveira.

²² Destaca-se, por todas as divergências, o entendimento de Luís Roberto Barroso (2006, p. 459).

²³ Um dos precedentes jurisprudenciais balizadores da edição da Súmula fora o julgamento da ADI 2847/DF, da qual sublinha-se o seguinte fragmento: “E o fato é que assim dispor - abstrata, impessoal e genericamente - sobre jogos cujo resultado só depende da sorte, ora exclusiva ora preponderantemente, é aptidão que a Magna Carta de 1988 embutiu na competência privativa da União. Daí o nome 'sorteio' - que é substantivo masculino derivado do feminino 'sorte' -, a significar atividade ou acontecimento que depende da fortuna, do acaso, fado ou ação do destino - que se lê na parte final do inciso XX do art. 22 da Constituição Federal de 1988”. (ADI 2847, Voto do Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgamento em 5.8.2004, DJ de 26.11.2004).

²⁴ Vide artigo 2º, da Lei n. 11.417, de 2006, sobre as súmulas vinculantes.

delegados²⁵ aos Estados, através de lei complementar que não implique em transferência integral²⁶, nem extrapolação dos limites da delegação efetuada²⁷. Para tanto, deve-se observar o arcabouço legislativo federal em vigor, sobre a criação e a disposição geral de loterias – Decreto-lei n. 204/1967 e Decreto-lei n. 6.259/1944 –, com o objetivo de verificar a possibilidade ou não de produção legislativa inovadora pelos Estados-membros.

Inicialmente, poder-se-ia aventar a impossibilidade pre-remptória de delegação de competência aos entes estaduais, por conta da inexistência de lei complementar acerca da matéria. No entanto, a jurisprudência nacional entende pela possibilidade de leis ordinárias (ou com natureza de ordinárias, como os Decretos-lei referidos), editadas anteriormente à Constituição de 1988, serem recepcionadas como se leis complementares fossem²⁸. Destarte, cumpre observar materialmente o conteúdo da normatização em vigor.

Analisando-se o Decreto-lei n. 204, de 1967, independentemente de observância de eventual restrição às loterias estaduais, que será objeto de estudo em tópico próprio, nota-se, no

²⁵ Deve-se atentar que a delegabilidade da competência da União tem razão no caráter privativo – e não exclusivo – dessa atribuição constitucional. Para tanto, observe-se que José Afonso da Silva (2006, p. 419) leciona que *“a diferença que se faz entre competência exclusiva e privativa é que aquela é indelegável e esta é delegável [...] Mas a Constituição não é rigorosamente técnica neste assunto”*. Em sentido contrário, ver Almeida (1991, p. 86), segundo a qual *“o que não nos parece apropriado, no entanto, é extremar mediante o uso dos termos ‘privativo’ e ‘exclusivo’ as competências próprias que podem e as que não podem ser delegadas, como se ‘privativo’ não exprimissem, tanto quanto ‘exclusivo’, a ideia do que é deferido a um titular com exclusão de outros”*.

²⁶ *“Trata-se de mera faculdade aberta ao legislador complementar federal. Se for utilizada, a lei complementar não poderá transferir a regulação integral de toda uma matéria da competência privativa da União, já que a delegação haverá de referir-se a questões específicas”* (MENDES; BRANCO, 2016, p. 845).

²⁷ Note-se decisão do STF, em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.375, de relatoria do Ministro Dias Toffoli.

²⁸ Nesse aspecto, observe-se que, para o Supremo Tribunal Federal, *“[a] recepção de lei ordinária como lei complementar pela Constituição posterior a ela só ocorre com relação aos seus dispositivos em vigor quando da promulgação desta”* (AI 235.800 AgR, rel. min. Moreira Alves, j. 25-5-1999, 1ª T, DJ de 25-6-1999).

artigo 1º, que a exploração dos serviços de loterias somente poderá ser permitida nos limites do referido diploma legal e, por falta de previsão expressa, não fora procedida a delegação desta atribuição ao ente estadual. Ademais, em razão do permissivo do artigo 33 desse decreto-lei, aplica-se às loterias estaduais o disposto no Decreto-lei n. 6.259, de 1944, no que não colidir com aquele; então, importante se faz a conferência dessa legislação, no intuito de observar alguma menção delegatória aos entes estaduais. Conforme o artigo 1º do referido regramento, “[o] Serviço de loteria, federal ou estadual, executar-se-á, em todo o território do país, de acôrdo com as disposições do presente Decreto-lei”. Então, igualmente nessa legislação, não há a delegação da competência privativa (legislativa) da União aos Estados e, portanto, caberia apenas a União legislar sobre a criação e as disposições gerais da matéria.

Dessa forma, a legislação federal não permite a delegação da competência para legislar do ente federal para os estaduais. Entretanto, como alerta Luís Roberto Barroso (2007, p. 09) “[...] o texto constitucional trata separadamente de competências legislativas e político-administrativas, não sendo possível inferir uma a partir da outra” e, posto isso, resta analisar a distribuição, entre os entes federados, da competência político-administrativa para a matéria de loteria.

1.3. COMPETÊNCIA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA

No tocante à competência político-administrativa, percebe-se que a disciplina da loteria não se encontra no rol exclusivo de atividades da União (competência exclusiva), constante no artigo 21 da Constituição Federal. Esse posicionamento é ratificado a partir de outro comando constitucional – do inciso III, do artigo 195 –, o qual dispõe acerca do financiamento da seguridade social por meio de contribuições sociais sobre a receita de concursos de prognósticos, sem especificar que essa atividade

seria tão-somente advinda da União.

Não obstante, em decisão da mencionada ADI 2847/DF, alguns dos Ministros do STF tangenciaram, ainda que esta não fosse matéria de julgamento da ação, a questão da competência político-administrativa das loterias. Para tanto, cumpre observar o posicionamento do Ministro Ayres Britto, segundo o qual a União, utilizando-se da sua competência privativa em legislar sobre a matéria, está vedada a se autoconceder o monopólio da atividade lotérica, por meio da construção de impedimentos à atuação do ente estadual, os quais somente poderiam constar no diploma constitucional²⁹.

Consoante entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso, em parecer anterior à sua integração à Suprema Corte, mas posterior à decisão do STF que consolidou o entendimento acerca da competência legislativa privativa à União em matéria de loteria, tem-se que, a despeito do mencionado jurista refutar a hipótese de competência legislativa privativa da União, este se conforma aos ministros supramencionados, no sentido de considerar que não foi conferida à esta a competência exclusiva na seara político-administrativa³⁰. Demais disso, o referido autor

²⁹ Em termos expressos no referido voto do Ministro Ayres Britto (ADI n. 2847/DF): “[n]o 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 coparticipação 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”. Não menos relevante é o entendimento do Ministro Cezar Peluso no mesmo julgamento, ao defender o seguinte: “Admito que, no caso da loteria, se trate de serviço público, e que o exercício da atividade não constitua monopólio, mas a regulamentação desse exercício é, sem dúvida, monopólio da União. Isto é, desde que as atividades de sorteio e consórcio sejam regulamentadas, as entidades federativas podem exercê-las sob o governo da norma proveniente da União”.

³⁰ Particularmente, antecipa-se tema a ser abordado no presente trabalho, sobre a possibilidade de instituição de loterias estaduais, senão vejamos: “Segundo o entendimento do STF, os Estados não podem legislar sobre loterias. Isso significa que terão de explorar o serviço nos termos da legislação editada pela União. Esses, portanto, os parâmetros que deverão ser adotados (uma vez, é claro, que a norma nacional seja

ressalvando-se de eventual simplificação conceitual, afasta a ideia de que a competência político-administrativa consistiria apenas na mera execução mecânica das leis, mas que “[é] certo que a atividade legislativa trata da instituição de normas gerais e abstratas que organizam a vida social” (BARROSO, 2007, p. 10), enquanto que “a atividade administrativa identifica-se precipuamente com a atuação material do Poder Público, orientada ao cumprimento da ordem jurídica e à promoção do bem comum” (BARROSO, 2007, p. 10).

Destarte, observa-se que a competência em estudo deixa de enquadrar-se na exclusividade das atribuições da União, sendo possível, assim, a abrangência de outro ou outros entes federativos, conforme será abordado em item seguinte. Por enquanto, torna-se relevante notar a normatização nacional e o modelo das loterias federais.

2. A NORMATIZAÇÃO NACIONAL E AS DISPOSIÇÕES SOBRE AS LOTERIAS FEDERAIS

No exercício da competência privativa da União para legislar sobre disciplina das loterias, o alicerce normativo erigido aborda inúmeras matérias para o tratamento uniforme do serviço no país (caráter nacional)³¹, com destaque para o requisito de autorização prévia à instituição dos serviços lotéricos e o elenco das modalidades de loterias que podem ser executadas em

válida). Nada obstante, o Poder Executivo dos Estados pode – e, a rigor, é necessário que o faça – dispor sobre a sua própria organização administrativa relacionada à exploração do serviço, nos termos do art. 84, VI, a, da Constituição” (BARROSO, 2007, p. 26).

³¹ Segue-se a lição de Geraldo Ataliba (1968, p. 94) na diferenciação da lei nacional da lei federal, para quem “[...] a Constituição confere à lei nacional amplíssimo poder para regular matérias específicas em todo o território nacional, abstração feita da sujeição dos destinatários da norma, quer à União, quer a Estados e Municípios. Já a lei federal, embora editada pelo mesmo órgão, onera, circunscritamente, somente os jurisdicionados da União”. Logo, a lei que aborda da questão das loterias tem caracterização nacional.

âmbito nacional.

Além disso, quando se compara a norma geral nacional e a norma federal de regulamentação das loterias (competência político-administrativa da União), conclui-se pela existência de um papel múltiplo para a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), do Ministério da Fazenda. Contudo, as inúmeras atribuições conferidas à SEAE devem ser segmentadas no aspecto de foco de influência do referido órgão – ora em toda a federação, ora apenas para o ente federal.

Então, levando-se em consideração os aspectos mais importantes da legislação nacional, o presente capítulo objetiva proceder a uma análise da autorização da instituição de loterias e das modalidades de loterias federais – as quais são normas gerais (nacional). Não obstante, a compreensão das diversas funções da SEAE, que tem origem no regramento nacional e federal, tem pertinência de abordagem justamente neste tópico, porquanto este órgão representa a ponte entre a normatização nacional e outros entes federativos que possam ter a competência político-administrativa sobre as loterias, a par da União.

2.1. A AUTORIZAÇÃO

Em breve síntese, a legislação de âmbito nacional invoca a necessidade de autorização para a instituição de loterias. No caso federal, a viabilidade para instituir loterias é concedida pela norma legal, bastando ao Presidente da República (Chefe do Poder Executivo) instituir, no uso de seu poder regulamentar, a modalidade de loteria criada pela lei, tal como previsto, por exemplo, no artigo 16, da Lei n. 11.345, de 14 de setembro de 2006, que fora regulamentado pelo Decreto Presidencial nº 6.187, de 14 de agosto de 2007³².

³² A lei fora instituidora do concurso de prognóstico específico sobre o resultado de sorteio de números ou símbolos, o qual fora regulamentado pelo decreto mencionado, que instituiu a “Timemania”.

Por outro lado, enquanto a loteria de vertente federal basta uma previsão legal com o correlato decreto para poder ser ofertada ao público, a loteria de outro ente requer o que se denomina autorização (ratificação) do Ministério da Fazenda para o seu regular exercício³³. Ainda que alguns doutrinadores sejam contrários à ideia da referida ratificação³⁴, com o fundamento de que haveria uma intromissão indevida de um ente federativo em outro, entende-se que a natureza jurídica da norma legal (nacional) permite que algumas delimitações, supressões e submissões sejam impostas a um ente político diverso do federal³⁵.

Em consequência, a forma com que o Ministério da Fazenda deve proceder essa autorização, no entender do presente estudo, será com base nos lindes da competência político-administrativo do requerente³⁶, como também nas limitações decorrentes da natureza da loteria do ente federativo em questão³⁷ e das regras gerais de loterias, como a imposição de modalidades restritas à semelhança das federais. Em razão disso, essencial se faz compreender as modalidades de loterias federais, que são previstas nas leis de cunho nacional.

³³ Vide artigo 3º, do Decreto-Lei n. 6.259, de 1944, o qual entabula que “[a] concessão ou exploração lotérica, como derrogação das normas do Direito Penal, que proíbem o jogo de azar, emanará sempre da União, por autorização direta quanto à loteria federal ou mediante decreto de ratificação quanto às loterias estaduais”. Com visto anteriormente, o tratamento diferenciado entre entes diversos federais não perfaz uma violação ao ordenamento jurídico nacional, mas uma decorrência das peculiaridades de cada seara de atuação.

³⁴ Para Gustavo Oliveira (2003), a exigência de ratificação não fora recepcionada pela Constituição Federal de 1988, por se tratar de uma violação ao ordenamento jurídico constitucional ora em vigor.

³⁵ Exemplifique com outra norma legal de âmbito federal, que é o Código Tributário Nacional, o qual preleciona que o Senado Federal, por meio de suas resoluções, poderá fixar limites de alíquotas de impostos que não são da competência federal – dispositivo ratificado pela posterior Constituição de 1988.

³⁶ Se um município requeresse a instituição de uma loteria no âmbito de sua atuação, o pleito seria negado, com base na falta de autorização pelo ordenamento jurídico pátrio.

³⁷ Esse aspecto decorre das restrições impostas à autonomia do ente federal em baila, por exemplo, de não exceder ao seu território, quando da sua atuação.

2.2. AS MODALIDADES DE LOTERIAS FEDERAIS

Atualmente, de acordo com a classificação do Ministério da Fazenda, prevista no artigo 2º, da Portaria Ministerial n. 30, de 08 de fevereiro de 2008, verificam-se cinco modalidades de loterias federais, a saber: Loteria Federal³⁸, Loteria Instantânea (igualmente denominada de “raspadinha”), Loterias de números, Loterias esportivas e Loteria específica de números ou símbolos.

Quanto à Loteria Federal, essa tem previsão e autorização na Lei n. 6.717, de 1979, por meio da qual confere-se à Caixa Econômica Federal (CAIXA) a incumbência para a realização desse concurso de prognóstico de sorteios de números, que devem ocorrer em datas prefixadas, com a distribuição de prêmios através de rateio (artigo 1º, da referida lei), sob a regulamentação do Ministério da Fazenda, a dispor sobre a realização do concurso, a fixação dos prêmios, o valor das apostas, assim como dos limites das despesas para o custeio e a manutenção do serviço (artigo 3º, da mencionada legislação).

Em relação à segunda modalidade, com o advento da Lei n. 13.155, de 2015, passou a poder ser instituída e operacionalizada como Loteria Instantânea Exclusiva (LOTEX), tendo como tema designações relativas às entidades de prática futebolística e outras³⁹, implementada em meio físico ou virtual⁴⁰, a teor do artigo 28 do mencionado diploma legal. Ademais, consoante previsão do § 1º, do referido artigo 28, vincula-se a

³⁸ Não se confunde com o gênero loteria federal, que engloba todas as categorias, com base na competência político-administrativa.

³⁹ O objeto fora ampliado, por meio do artigo 2º, da Lei n. 13.262, de 2016, “*de maneira a permitir a exploração mercadológica de eventos de grande apelo popular, datas comemorativas, referências culturais, licenciamentos de marcas ou personagens e demais elementos gráficos e visuais que possam aumentar a atratividade comercial do produto*”.

⁴⁰ A previsão expressa da possibilidade de criação de uma loteria total ou parcialmente em meio virtual comprova a tendência de informatização de inúmeros setores da sociedade, como será abordado ao longo da presente monografia.

disponibilização do serviço à autorização do Ministério da Fazenda, ao tempo que permite a execução da LOTEX diretamente pela Caixa Econômica Federal, ou indiretamente, mediante concessão⁴¹, em evidente derrogação do artigo 1º, do Decreto-lei n. 204, de 1967⁴², que aborda a exploração de loterias. É crucial salientar que o movimento de desestatização das loterias não tem lugar apenas no Brasil, sendo, pois, uma tendência mundial⁴³, fato que poderá ter uma ampliação e pujança para outras loterias que hoje são exclusivamente executadas por estruturas estatais.

Em se tratando das Loterias de números, são aquelas que apenas podem ser realizadas apostas com base na escolha numérica, como a Mega-Sena, a Quina, a Lotofácil, a Dupla-Sena, ainda que com regulamentos próprios para cada tipo. Nessa modalidade, pela verificação de inúmera legislação esparsa, opta-se pela utilização da consolidação das normas da Circular CAIXA nº 719, de 05 de julho de 2016. Por óbvio, também é a

⁴¹ Ressalte-se que o atual governo federal optou pela segunda modalidade, apesar da concessão ou do procedimento administrativo para o ato concessivo ainda não ter sido formalmente lançado.

⁴² *In verbis*: “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”.

⁴³ No contexto espanhol (BOTO, 2013, p. 17), há uma clara tendência de privatização do sistema, por meio de direcionamentos conferidos pela União Europeia (UE), com fundamento nos princípios da liberdade de estabelecimento e da liberdade de circulação de serviços, ainda que não existam regulamentos específicos sobre a matéria de loterias. E, por sua vez, essa evolução privatista pode ter início com a criação de normas regulatórias, tal como ocorreu com o setor postal na União Europeia. Afinal, consoante aponta Gabriel Loretto Lochagin (2012, p. 288) acerca daquele processo de privatização do serviço postal em âmbito europeu, “[f]oram criadas normas regulatórias, às quais deu-se grande importância, seguidas de procedimentos de abertura e facilitação de acesso para agentes privados, culminando, geralmente, na privatização dos ativos estatais”.

Em sentido contrário, o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu, no Processo C-525/06, em 24 de março de 2009, que “[...] são permitidas as disposições nacionais restritivas, tais como o artigo 37.º da Lei de 19 de Abril de 2002, que impedem a entrada no mercado de uma empresa que comercializa com fins lucrativos formulários de participação em grupo no Euromilhões, tendo em conta o interesse geral (prevenção do incitamento ao esbanjamento de dinheiro no jogo) [...]”.

referida instituição bancária a responsável pela execução desses serviços, os quais são promovidos em datas prefixadas e com distribuição de prêmios mediante rateio. Já a Loteria Esportiva Federal, instituída por meio do Decreto-lei n. 594, de 1969, detém a exploração de concursos de prognósticos esportivos, ao tempo em que a execução dos serviços dessa modalidade de loteria será realizada pela Caixa Econômica Federal, na conformidade da Lei nº 9.615, de 1998.

No tocante à Loteria específica de números ou símbolos, essa tem grande semelhança com àquelas apenas de números. O fundamento normativo dessa modalidade é a Lei n. 11.345, de 2006, sendo a loteria igualmente executada pela Caixa Econômica Federal, após a autorização do Ministério da Fazenda (§ 1º, do artigo 1º). O diferencial dessa loteria, além do sorteio de símbolos, está na participação de entidades futebolísticas, que cedem os seus signos para a divulgação e a execução dos jogos, tendo como contraprestação o recebimento de 22% (vinte e dois por cento) das receitas obtidas com as apostas (artigo 2º).

Do quanto exposto, observa-se que, no ambiente federal, tem-se dois polos importantes de atenção, quando da abordagem das loterias, quais sejam, aquele responsável pela execução da atividade (em regra e na prática atual, a CAIXA), e o Ministério da Fazenda (inclusive por sua Secretaria de Acompanhamento Econômico), enquanto órgão que tem a função de regular, normatizar⁴⁴ e dispor sobre todos os elementos relativos às loterias⁴⁵. Todavia, como já dito, a SEAE detém inúmeras funções,

⁴⁴ Tem-se como exemplos de normas editadas sobre a matéria: a Portaria do Ministério da Fazenda nº 30, de 08 de fevereiro de 2008, as Portarias da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda nº 51, de 26 de junho de 2008, nº 43, de 29 de setembro de 2009, nº 37, de 01 de julho de 2010, nº 03, de 09 de janeiro de 2012, nº 25, de 05 de abril de 2012, nº 046, de 16 de abril de 2014, a Portaria SEAE/MF nº 74, de 28 de maio de 2015, a Portaria do Ministério da Fazenda nº 129, de 30 de dezembro de 2015, a Portaria SEAE/MF nº 24, de 19 de abril de 2016, a Portaria SEAE/MF nº 41, de 23 de junho de 2016.

⁴⁵ Como dito anteriormente, como parte de sistematização e facilitação da atividade desempenhada enquanto estrutura prestadora do serviço, a CAIXA acaba por

o que torna relevante a sua análise específica, notadamente por abranger questões relativas ao sistema nacional e ao federal de loterias.

2.3. O MÚLTIPLO PAPEL DA SEAE: NACIONAL E FEDERAL

Como mencionado anteriormente, a seara de atribuição não exclusiva à União para a organização político-administrativa da loteria, em contraposição à competência privativa para a edição de leis nacionais acerca da matéria, torna a estrutura de compreensão da SEAE complexa e múltipla. Por conta disso, faz-se necessária a indicação de todas as normas e os entendimentos que abordam as atribuições da Secretaria, para que se possa diferenciar, no rol de suas competências, aquelas que vinculam todos os entes federativos ou somente a União.

Inicialmente, a Lei n. 9.649, de 1998, a qual disciplina a organização da Presidência da República e dos Ministérios, no seu artigo 18-B, prevê que ficam transferidas para o Ministério da Fazenda as competências previstas nos já citados Decretos-Lei n. 6.259/1944 e n. 204/1967, que anteriormente eram da alçada do Ministério da Justiça. Em seguimento a esse dispositivo, a Medida Provisória 782, de 31 de maio de 2017⁴⁶, com objeto análogo à lei supra, dispõe que o Ministério da Fazenda tem a competência para a autorização da exploração de loterias, a teor do artigo 41, inciso IX, alínea “f”.

A seu turno, considerando-se a divisão de atribuições na organização do Ministério da Fazenda, o Decreto Presidencial n. 9.003, de 13 de março de 2017, no inciso VI, do artigo 41, atribui à Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) a competência para, no âmbito do governo federal, propor, coordenar e

uniformizar didaticamente os inúmeros regramentos oriundos do Ministério da Fazenda ou de sua Secretaria de Acompanhamento Econômico, sem contar das deliberações decorrentes das especificidades da própria executora, através de circulares.

⁴⁶ Praticamente, reproduz o teor da Lei n. 13.341, de 2016, para a matéria em baila.

executar a política e a regulação de loterias⁴⁷. E, em nota acerca das irregularidades das loterias estaduais, a própria SEAE (2017, p. 03) expôs o entendimento de que “*detém legalmente competência para tratar sobre qualquer atividade lotérica, em níveis federal, estadual ou do Distrito Federal, acerca da regulação, autorização, normatização e fiscalização*”.

Saliente-se que, à primeira vista, podem parecer colidentes as diversas previsões acima, mas a eventual incompreensão das atribuições da SEAE tem sede em um caráter múltiplo de atuação da referida Secretaria. Primeiramente, com o fundamento na previsão decorrente do conjunto normativo dos Decretos-Lei n. 6.259/1944 e n. 204/1967, deve-se observar que à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda foi conferida a função autorizativa para a instituição e a exploração de loterias no país. Tal função permanece hígida e, no entender do autor da presente monografia, trata-se apenas de uma conferência de requisitos objetivos – pautados em configurações e limitações legais e constitucionais, as quais serão discutidas adiante –, com vistas à autorização ou não das loterias. Essa análise, por sua vez, tem uma orientação dupla – tanto para autorizar, quanto para suspender ou revogar a autorização. Seria, então, uma espécie indireta (ou abrangente) de regulação das loterias estaduais, mas apenas de caráter generalista e decorrente de um mandamento constante na lei nacional, de competência privativa da União⁴⁸.

Sob outra perspectiva, fundamentando-se no que diz o Decreto n. 9.003/2017, confere-se à SEAE não somente uma função autorizativa da loteria (regulação em sentido lato), mas

⁴⁷ No organograma atual do referido órgão, nota-se que a atribuição acerca da regulação do mercado de loteria cabe à Subsecretaria de Governança Fiscal e Regulação de Loteria (SUFIL), notadamente à Coordenação-Geral de Governança de Prêmios e Sorteios (COGPS).

⁴⁸ Reitere-se a manifestação de que não há violação à autonomia dos entes federativos, uma vez que apenas diz respeito a requisitos formais, previstos em lei federal de competência privativa da União.

também de coordenação normalizadora⁴⁹. Isso, no intuito de colaborar para a definição de *standards* para o sistema nacional de loterias, com a finalidade de melhorar a transparência, para a proteção do apostador. Ainda pode instituir políticas relativas às loterias de um modo geral, com foco nas externalidades negativas da atividade, a partir da elaboração de programas de combate ao vício dos jogadores e à lavagem de dinheiro. Corresponde, pois, a função de extrema relevância, sobretudo pela consagração, no ordenamento jurídico pátrio, da loteria como um serviço público – a de coordenação normalizadora de políticas públicas nacionais. E, aqui, encerram as competências de caráter nacional do órgão, juntamente com o que fora exposto no parágrafo anterior.

Ademais, em sentido estrito, há a competência regulatória da matéria em análise pelo órgão referido, para tão-somente a loteria de âmbito federal. Nesse diapasão, entende-se por equivocado o posicionamento da SEAE, em nota supramencionada⁵⁰, pois essa compreensão pressupõe uma invasão irregular de competência político-administrativa de outro ente federativo. Até porque, pela interpretação esposada pela nota comentada, a referida Secretaria abrangeria as atribuições específicas de unidade federativa diversa, em clara supressão de sua autonomia, na regulação específica e integral da atividade, de modo a hierarquizar a estrutura da entidade de ente alheio ao federal, abaixo e diretamente desta Secretaria do Ministério da Fazenda.

Assim sendo, compreendendo-se as funções múltiplas da SEAE, há uma linha tênue que separa a sua atuação legítima da ingerência inconstitucional sobre outra unidade federativa, de

⁴⁹ Coteje-se o contexto europeu, que, *mutatis mutandis*, tem reprodução no Brasil, senão vejamos “[f]or the time being, there is significant variability and uncertainty in regard to national courts’ decisions on licensure, authorisation, penalties, etc” (KABURAKIS e RODENBERG, 2012, p. 94).

⁵⁰ É muito possível que a interpretação prática, sobretudo no julgamento do caso da Loteria do Piauí, tenha sido adequada sob a perspectiva do presente trabalho, mas a expressão constante na nota técnica referida é claramente inconstitucional.

maneira que sobeja a compreensão de eventual competência na linha político-administrativa pelo ente federativo estadual, ou do Distrito Federal, para que se verifique as delimitações de atuação de cada ente federativo.

3. DO PERMISSIVO ÀS LOTERIAS ESTADUAIS⁵¹

É inexistente, no elenco do artigo 21 da Constituição Federal de 1988, previsão de competência político-administrativa exclusiva da União em matéria de loteria, “[n]em há qualquer outro dispositivo do qual essa competência possa ser razoavelmente extraída. Tampouco seria plausível sustentar que o serviço de loterias exigiria logicamente prestação unificada em todo território nacional” (BARROSO, 2007, p. 15-16). Até porque, a experiência de coexistência entre loterias estaduais e federal comprova a desnecessária unificação em um único prestador de serviço estatal. Por conta disso, torna-se relevante a compreensão do conteúdo normativo infraconstitucional que baliza a coexistência de loterias, nos âmbitos dos entes estaduais e federal.

3.1. FUNDAMENTO NORMATIVO

Conquanto historicamente a legislação brasileira dispusesse acerca da possibilidade de instituição e exploração de loterias pelos estados⁵², deve-se observar que o Decreto-lei n. 204, de 1967, passou a prever, no seu artigo 1º., que “[a] exploração de loteria, como derrogação excepcional das normas do Direito Penal, constitui serviço público exclusivo da União não suscetível de concessão e só será permitida nos termos do presente Decreto-lei”. Todavia, a despeito da exclusividade erigida, dispõe-

⁵¹ Quando se menciona “loterias estaduais”, engloba-se as loterias do Distrito Federal, uma vez que esse detém competências dos Estados-membros.

⁵² Desde a primeira lei sobre loterias, o Decreto-lei 21.143, de 1932. Para tanto, ver Moreira Neto, 1988, p. 238.

se no artigo 32, *caput*, que não será possível a criação de novas loterias estaduais a partir da edição da referida norma, o que significaria a manutenção dos serviços estaduais de loterias preexistentes, os quais permaneceriam regidos pelo Decreto-lei n. 6.259, de 1944, naquilo que não colidir com o supramencionado decreto-lei de 1967.

A doutrina pátria, no entanto, aponta para o fato de que o Decreto-lei n. 204/1967, no que toca à proibição de instituição de loterias estaduais e à concessão de exclusividade de exploração do serviço à União, consistiria patente violação do princípio isonômico que respalda a federação, ao impedir o paralelismo ou a simultaneidade dos serviços públicos a níveis federativos diversos⁵³. Isso, pois tais serviços não se enquadram no rol constitucional taxativo de competências exclusivas da União, em matéria político-administrativa.

Nesse diapasão, entende-se pela não recepção dos dispositivos legais supramencionados pela Constituição de 1988⁵⁴, em razão de clara violação à autonomia dos Estados-membros em

⁵³ Nesse sentido, Caio Tácito (1988, p. 58-59) defende que, “[p]ortanto, a reserva ou exclusividade que o Decreto-Lei n. 204, de 1967, atribui à União para que somente a ela fosse facultada a exploração de loteria (com apenas a ressalva de sobrevivência das loterias estaduais preexistentes, no entanto, congeladas no estado em que se encontravam) discrepa, por inteiro, da regra maior, permissiva do paralelismo, ou da simultaneidade dos serviços públicos de diverso nível federativo. Tal norma ofende, diretamente, a essência descentralizadora da Federação e o princípio de autonomia dos Estados Federados, tanto quando proíbe, de forma extrema, a criação de novas loterias estaduais, como quando veda a expansão das então existentes, condenadas ao confinamento”. Do mesmo modo, Moreira Neto (1988, p. 238), advogando pela inconstitucionalidade da norma, afirma que “[f]inalmente, também é inconstitucional o Decreto-Lei n.º 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 ao princípio isonômico que sustenta a federação [...]”. Contudo, no contexto hodierno, o autor da presente monografia entende que não se trata de inconstitucionalidade, porquanto o decreto-lei fora editado anteriormente à vigência da Constituição de 1988, mas de não recepção pela carta constitucional vigente.

⁵⁴ Segundo Luís Roberto Barroso (2007, p. 24), “é certo que tais dispositivos legais não foram recepcionados pela Carta de 1988, naquilo em que manietavam a autonomia dos Estados federados para explorar a atividade lotérica”.

dispor sobre a criação de loterias estaduais, seja por carência de exclusividade constitucional conferida à União, ou mesmo por impossibilidade de tratamento diferenciado entre Estados-membros, apenas por uma questão fortuita de data de edição normativa. Portanto, a disposição legal em debate deve ser compreendida como uma norma não recepcionada pela Constituição Federal, já que o contrário ensejaria uma afronta clara à cláusula pétrea – disposição constitucional imutável – da forma federativa de Estado, insculpida no § 4º, do artigo 60.

Ainda assim, na remota hipótese de defesa de recepção da norma infraconstitucional em análise, observa-se outro argumento para a inaplicabilidade da norma em espeque. Particularmente, o artigo 1º do Decreto-lei n. 204/1967 previu, de forma peremptória, que a exploração de loteria seria “*serviço público exclusivo da União não suscetível de concessão*” e “*só será permitida nos termos do presente Decreto-lei*”. Ou seja, a exceção da possibilidade de exploração de loterias estaduais preexistentes, viabilizada a teor do referido diploma, os serviços de loterias seriam de exclusividade da União e, ademais, não passível de concessão, em quaisquer de suas modalidades.

Ocorre que, a Lei n. 13.155, de 2015, conforme mencionado anteriormente, admite expressamente, na hipótese de instituição de LOTEX, a execução do serviço por meio de concessão. Logo, a despeito de ser esta uma norma especial, colide-se frontal e claramente à vedação à concessão desse serviço público, o que ensejaria incompatibilidade de coexistência no mundo jurídico de ambas previsões legais, simultaneamente. Por conseguinte, trata-se de uma hipótese de derrogação de dispositivo legal anterior incompatível com legislação posterior, com base no § 1º, do artigo 2º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB) – Decreto-Lei n. 4.657, de 1942.

Assim sendo, tem-se a derrogação tácita do artigo 1º do Decreto-lei n. 204/1967, em sua integralidade, porquanto não é possível a supressão de apenas palavras por meio do instituto da

revogação⁵⁵ (tão-somente acerca da concessão), o que implicaria no fato de que a previsão de exclusividade do serviço de loteria à União também restaria por ser excluída do ordenamento jurídico. Desse modo, retirando-se do ordenamento jurídico a previsão legal geradora de controvérsias quanto à exclusividade na execução dos serviços lotéricos pela União, reafirmar-se-ia a competência político-administrativa dos Estados-membros.

De qualquer sorte, independentemente do fundamento que se deva analisar para a ratificação da possibilidade de outros entes federativos executarem os serviços de loterias⁵⁶, deve-se verificar que o legislador pátrio, em outros diplomas legislativos, igualmente previu a existência de loterias estaduais no Brasil. Por exemplo, observa-se que o artigo 53, da Lei das Contravenções Penais, tipifica como ilícito criminal a introdução ou a guarda de bilhete de loteria estadual com a finalidade comercial, bem como a sua venda e até mesmo a sua exposição para a venda, em território onde não possa legalmente circular. Tem-se, à vista disso, o permissivo legal implícito.

No mesmo sentido, a doutrina pátria advoga pela competência dos Estados para a criação e a exploração de serviços públicos lotéricos⁵⁷. Esse tema, inclusive, fora abordado no julgamento da comentada ADI 2847/DF, através do voto do Ministro Ayres Britto, por meio do qual admitiu-se, para além da competência legislativa privativa da União sobre a matéria – que consistiria na atribuição para a edição de normas gerais –, também

⁵⁵ A derrogação é considerada uma modalidade de revogação, como se nota nos ensinamentos de Maria Helena Diniz (2011), notadamente quanto à impossibilidade de preservação parcial de artigo, alínea ou parágrafo em que se tenha o texto revogado.

⁵⁶ A despeito de entender ser mais adequada a defesa da não recepção de dispositivos do Decreto-lei n. 204, de 1967.

⁵⁷ “*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*” (SUNDFELD, 1989, p. 96). Na mesma linha de entendimento, Moreira Neto (1988, p. 238), ao caracterizar a loteria como serviço público, arremata ao afirmar que “*o serviço público tem seu conceito positivo e não doutrinário - inegável, se nos parece, a competência dos Estados para instituí-los*”.

a possibilidade da instituição de loteria estadual, no âmbito de competência de cada Estado-membro, com vistas à concorrência com o ente federal, no mercado relevante das loterias⁵⁸ dos respectivos territórios.

Destarte, não se deve considerar constitucional, pela impossibilidade de tratamento diferenciado de entes de mesma natureza, a restrição temporal às loterias estaduais, para somente àquelas criadas até a edição do decreto-lei de 1967. Deve-se, assim, permitir que os Estados-membros possam conceber as suas respectivas loterias, desde que atendidas as limitações impostas pelo ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo em vinculação à norma nacional, editada pela União. Nesse aspecto, admitindo-se a possibilidade de competência político-administrativa dos estados, cumpre-se analisar a forma pela qual esses entes federativos poderão exercer as suas respectivas competências de exploração das loterias.

3.2. A EXPLORAÇÃO DE LOTERIAS PELOS ESTADOS E A COMPETÊNCIA REGULAMENTAR

Considerando-se a competência político-administrativa para a exploração da atividade lotérica pelos Estados-membros, por consequência, resta compreender a sua possibilidade de regulamentação⁵⁹ própria, a despeito da competência para a edição de norma legal sobre a matéria ser adstrita à União.

⁵⁸ *In verbis*: “Pode, no território de cada qual delas, competir com o Governo Central pela preferência dos apostadores”. Essa afirmação, então, decorre da presunção de competência político-administrativa do ente estadual.

⁵⁹ Torna-se fundamental diferenciar os conceitos de regular e regulamentar. Nesse sentido, Thiago Marrara (2017, p. 1159) leciona que: “[r]egulação e regulamentação indicam conceitos técnicos distintos, mas que parcialmente se sobrepõem. ‘Regular’ é elaborar medidas para se buscar equilíbrio no funcionamento de algum setor social ou econômico. Quando realizada pelo Estado, a regulação envolve ações prestativas, restritivas ou mesmo normativas. Daí porque a regulamentação pode ou não estar inserida como uma espécie de técnica e poder regulatório”. No caso em tela, entendese pela inserção da regulamentação na regulação específica das loterias estaduais, que ocorreria nos lindes da normatização federal própria.

Apesar do aparente conflito conceitual entre competência legislativa e competência regulamentar, esta segunda decorre não da atribuição de elaborar leis, mas daquela relativa à organização da estrutura administrativa vinculada ao serviço, bem como à de definição de regras supletivas à legislação nacional, no âmbito do respectivo estado e por força da própria lei editada pela União⁶⁰.

Dessa maneira, assim como o Decreto-lei que trata das desapropriações por utilidade pública⁶¹, a legislação atinente às loterias tem o caráter não federal, mas nacional. Em outras palavras, o regramento instituído por lei editada pela União na matéria em análise não engloba tão-somente a loteria federal, mas todas as atividades lotéricas dos entes federativos competentes, de modo a instituir normas gerais e parâmetros claros e indispensáveis acerca da exploração do serviço público lotérico no país. No entanto, essa atividade legiferante federal pode resultar em uma legislação que não seja exatamente idêntica para todos os entes competentes político-administrativamente; mas a União está impedida de esvaziar tal competência, através de limitações injustificáveis⁶².

Por sua vez, em sendo a norma nacional uma legislação de caráter menos específico, por óbvio, inúmeras lacunas legislativas findarão por ser preenchidas pela atividade regulamentar do ente federativo responsável pela exploração do serviço⁶³.

⁶⁰ Luís Roberto Barroso (2007, p. 17) afirma que “[a] despeito da existência de pontos de contato, não se deve confundir a função legislativa com o poder regulamentar, tipicamente inserido nas atividades administrativas e, por extensão, no exercício regular das competências político-administrativas”.

⁶¹ Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941.

⁶² “Talvez seja até possível que esse regime não seja rigorosamente igual para os três níveis federativos, mas é certo que não poderá interditar a atuação dos outros entes, tampouco esvaziá-la por meio de limitações injustificadas [...] Essa mesma lógica será aplicável a todos os casos em que competências político-administrativas de determinado ente devam ser exercidas nos termos de legislação editada privativamente por ente diverso” (BARROSO, 2007, p. 07).

⁶³ Afinal, consoante afirma Gustavo Binenbojm (2006, p. 158), “[s]empre, em maior ou menor medida – ressalvadas, é claro, as hipóteses de reserva de lei, notadamente

Todavia, a referida regulamentação não pode inovar na questão lotérica, correspondendo apenas a uma adequação ao ente respectivo da lei nacional, conforme entendimento do Ministro Ayres Britto⁶⁴.

Isto posto, tendo em vista que o presente trabalho tem o enfoque nas loterias estaduais, necessário se faz o apontamento das limitações normativas à atuação do ente federativo estadual, em decorrência dos dispositivos mencionados em lei nacional, que são razoável e constitucionalmente aplicáveis ao caso.

3.3. AS LIMITAÇÕES DAS LOTERIAS ESTADUAIS

Para que se possa verificar as limitações às loterias estaduais, primeiramente, deve-se observar o conteúdo legislativo nacional para, à luz da Constituição Federal, indicar quais as restrições válidas às loterias estaduais, quando da execução de sua competência político-administrativa. Aprioristicamente, somente da leitura do arcabouço legislativo (Decreto-lei n. 204/1967 e Decreto-lei n. 6.259/1944), ter-se-iam quatro limitações – a territorial, a de modalidades de loterias, a quantitativa de apostas e a limitadora de despesas⁶⁵.

Quanto à territorial – que decorre da própria sistemática federativa e do princípio da territorialidade⁶⁶, uma vez que um

a absoluta – haverá espaço para atividade criativa do poder regulamentar de execução”.

⁶⁴ De acordo com o Ministro Ayres Britto, no julgamento da ADI n. 2847/DF, “[d]esde 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”.

⁶⁵ Pontua-se, desde já, que a não se considera a autorização do Ministério da Fazenda uma limitação, mas um ato procedimental para a regularidade da loteria. É a partir desse ato que se analisa os limites do ordenamento jurídico brasileiro.

⁶⁶ Para Caio TÁCITO (1988, p. 55): “Assumindo a natureza de um serviço público, a exploração lotérica tem de conformar-se ao princípio da territorialidade, ou seja, ao campo de incidência da competência da pessoa de direito público interno que a institui. Por esse motivo é que a lei federal rege o âmbito de circulação das loterias,

ente não pode invadir as competências territoriais e administrativas de outro –, trata essa figura de uma imposição de que as loterias somente possam atuar dentro das fronteiras de cada estado respectivo. Essa pertinente restrição abriga-se no § 1º do artigo 2º, do Decreto-lei n. 6.259/1944, que teve a sua vigência mantida parcialmente por força do artigo 33, do Decreto-lei n. 204/1967. Na realidade tradicional dos meios físicos de execução das loterias, torna-se evidente o impedimento da loteria de um estado abrir um estabelecimento em outro, para a disponibilização desse serviço. Contudo, na realidade exercida em meio virtual, esse elemento passa a ser bastante mais complexo, razão pela qual caberá tratamento específico em tópico posterior.

Em relação às modalidades de loterias, a restrição tem fundamento no fato de que a competência para legislar sobre a disciplina dos serviços lotéricos é privativa da União, como visto anteriormente. Assim sendo, os Estados-membros estão impedidos em inovar nas modalidades lotéricas, uma vez que isso representaria uma afronta patente à atribuição única do ente federal na concepção do sistema, de acordo até mesmo com o entendimento que se depreende do voto proferido pelo Ministro Ayres Britto, no debate da ADI 2847/DF⁶⁷. Logo, enquanto concorrentes da União na prestação dos serviços lotéricos, dentro dos seus limites territoriais específicos, os Estados-membros apenas poderão oferecer aos administrados loterias permitidas no âmbito federal, mas obviamente, com as especificações devidas (e.g.

convencionando que as de origem estadual ficam contidas nos limites territoriais do Estado respectivo (art. 2º., PAR. 2º do Decreto-Lei n. 6.259, de 1944, que repete igual norma do Decreto-Lei n. 2.980, de 1941)”.

⁶⁷ *In verbis: “A competência para legislar inovadoramente é sempre da União. Ela é que foi aquinhoadada 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”.*

não se pode ter loteria com a nomenclatura federal, mas a essência da modalidade pode existir com a vinculação estadual); nesse passo, as mencionadas peculiaridades dessas loterias serão passíveis de tratamento, por meio do exercício do poder regulamentar estadual.

Entretanto, o ponto mais polêmico talvez seja a limitação constante no § 1º do artigo 32, do Decreto-lei 204/1967, o qual preleciona que as loterias estaduais estariam limitadas em suas emissões, nas quantidades de bilhetes e séries em vigor na data da publicação da referida legislação, o que ocorreu há cinquenta anos. A despeito da previsão normativa exposta, comunga-se com o posicionamento de que a determinação do volume de bilhetes que serão expedidos pelo ente estadual enquadra-se no poder regulamentar deste⁶⁸, porquanto idiosincrasias regionais e estratégias de concorrência com os serviços federais devem ser analisadas em cada caso, pelo respectivo Estado-membro. Afinal, a previsão referida viola a autonomia estadual, bem como a proporcionalidade entre os tamanhos e portes entre os Estados-membros e, ademais, até mesmo desconsidera as mudanças contextuais econômicas e populacionais dos últimos cinquenta anos no país. Trata-se, pois, de uma limitação injustificável, inconstitucional e, logo, refutável.

Por fim, no tocante à limitação de despesas administrativas das loterias estaduais, prevista no § 2º do artigo 32, do Decreto-lei 204/1967, acredita-se que o argumento teórico tem grande validade, na medida em que as loterias brasileiras têm um viés de fomento de atividades relevantes para o país. Assim, há um mandamento claro e importante, no sentido de utilizar-se dos serviços lotéricos como um serviço contributivo em sentido

⁶⁸ Segue-se a afirmação de Caio Tácito (1988, p. 61) de que “[o]s procedimentos de execução da loteria autorizada, entre os quais se inclui a determinação do volume de emissão de bilhetes, é matéria regulamentar, podendo ser objeto de ato próprio do Poder Executivo estadual. A lei ordinária federal não pode limitar o exercício de competência que emana diretamente da Constituição, como uma das faculdades inerentes à autonomia do Estado-membro”

amplo⁶⁹ e não como uma prestação cuja restrição nas despesas não é prioritário, sobretudo em um ambiente socioeconômico de controle dos gastos⁷⁰. No entanto, questiona-se se o índice de 5% (cinco por cento) da receita bruta dos planos executados, para todas as despesas administrativas de execução de todos os serviços, seria um parâmetro adequado.

Face à carência de informações sobre o controle das despesas pelas loterias estaduais, advoga-se que os percentuais que devem ser seguidos pelos Estados-membros são os mesmos da União, por força do paralelismo constitucional entre os entes federados e da incompatibilidade de tal dispositivo com a Constituição Federal de 1988, sobretudo porque os parâmetros eleitos para os estados são desproporcionais, chegando a um quarto daqueles estabelecidos para o ente federal⁷¹. Ou seja, entende-se que há uma tentativa velada de obstacularização injustificada, por meio de uma limitação aos Estados-membros de um teto de despesas bastante difícil de alcançar⁷².

Outrossim, defende-se que, das limitações previstas na legislação pátria, sob a óptica constitucional, são exigíveis, de

⁶⁹ Ver Moreira Neto (1988, p. 241).

⁷⁰ Vide a Emenda Constitucional n. 95, de 2016, acerca do Novo Regime Fiscal, no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União.

⁷¹ Exemplifique-se pela Circular da CAIXA, de nº 719, de 05 de julho de 2016, a qual trata dos concursos de prognósticos em geral. No item 6.2, fixa-se o índice de 20% (vinte por cento) da receita bruta para as despesas de custeio e manutenção, que é especificado no item 8.1, a saber: “[o] percentual de 20% da renda bruta destinado às despesas de custeio e de manutenção dos serviços inerentes à exploração dos concursos de prognósticos, mencionado no subitem 6.2 desta Circular, é composto pela seguinte distribuição: - 9,0% destinados ao pagamento da comissão dos lotéricos para apostas realizadas nas Unidades Lotéricas ou ao FDL – Fundo para o Desenvolvimento das Loterias, quando realizadas no IBC; - 10,0% destinados ao custeio das despesas operacionais; - 1,0% destinado ao Fundo para Desenvolvimento das Loterias (equivalente a 5% dos 20% destinados às despesas de custeio e manutenção)”.

⁷² Carece-se de comprovação em números práticos, mas não há lógica em fixação de percentuais muito menores se comparados aos da União, principalmente porque esta tem a sua escala de atuação nacional, o que ensejaria, muito provavelmente, a redução do custo operacional em comparação aos estados, por economias de escala, sem contar as de escopo, pela utilização da infraestrutura da CAIXA.

modo incontestado, as restrições de natureza territorial e em relação às modalidades de jogos⁷³, ao tempo que a limitação quantitativa das apostas é tema da seara regulamentar de cada estado e o teto das despesas administrativas para a prestação dos serviços deve seguir equanimemente os parâmetros definidos em cada modalidade de jogo no âmbito federal, em percentual idêntico⁷⁴.

Por outro lado, as restrições acima mencionadas são lastreadas em um contexto tradicional do mercado de loterias, o qual vem se modificando ao longo dos últimos anos, com o advento de novas tecnologias e a virtualização dos serviços que antes somente poderiam ser prestados fisicamente. Nesse sentido, antes mesmo de verificar a possibilidade de realização de apostas virtuais pelas loterias estaduais, deve-se observar a transformação do mercado, a partir do novo cenário tecnológico disruptivo.

4. A VIRTUALIZAÇÃO DAS APOSTAS LOTÉRICAS NO BRASIL

Com o surgimento das novas tecnologias vinculadas à internet, percebe-se um atual ponto de inflexão, ou melhor, uma mudança de paradigma das relações sociais e comerciais ora vigentes, pautadas em uma ligação eminentemente presencial.

⁷³ De acordo com a compreensão esposado no presente trabalho, entende-se este ser o motivo principal (talvez, único) para a suspensão das atividades da Loteria do Piauí - LOTEPI, realizada pela SEAE, após o devido processo legal administrativo, tombado sob a numeração 18101.000303/2016-25. Atualmente, o mérito decidido no referido processo fora levado ao Poder Judiciário, através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 455. No entanto, como esta monografia não tem a pretensão de estudo de caso específico, opta-se por abordar o tema em tese.

⁷⁴ Para os concursos de prognósticos em geral, conforme mencionado anteriormente, são destinados 20% (vinte por cento) da receita bruta para as despesas de custeio e manutenção, mesmo percentual fixado pelo inciso II, do artigo 8º, da Lei n. 9.615, de 1998, que trata da Loteria Esportiva Federa, para atender às despesas de o custeio total da administração dos recursos e prognósticos desportivos. Por sua vez, o §4º, do artigo 28, da Lei n. 13.155/2015, que trata da LOTEX, estabelece um percentual de 18,3% (dezoito inteiros e três décimos por cento) para despesas de custeio e manutenção.

Então, nesse quadro de autêntica revolução científica, os parâmetros então vigentes de criação e estabelecimento de fluxos e trocas na sociedade passam a ser contestados, sobretudo pela maior velocidade e síntese das relações jurídicas e sociais. Assim, a transformação do paradigma conhecido⁷⁵ pelo inovador torna-se inevitável⁷⁶.

Particularmente, os serviços de loterias também encontram-se inseridos no ambiente de modificações tecnológicas e, portanto, deverão se adequar aos novos tempos, para que possam alcançar os seus objetivos essenciais – prestação de serviços públicos voltados ao entretenimento, com vistas ao fomento de atividades socialmente relevantes. Esse fenômeno mundial, inclusive, tem provocado um movimento de alteração legislativa em alguns países⁷⁷ e não deverá ser diverso no Brasil, sobretudo porque as fronteiras passam a ser fluidas no *world wide web* (www). Em outras palavras, o acesso às redes lotéricas exteriores às

⁷⁵ Segundo Giovanni Dosi (1982, p. 161), “[t]echnological paradigms and trajectories, are in some respects metaphors of the interplay between continuity and ruptures in the process of incorporation of knowledge and technology into industrial growth: the metaphor, however, should help to illuminate its various aspects and actors and to suggest a multi-variables approach to the theory of innovation and technical change”.

⁷⁶ De acordo com Thomas S. Kuhn (1970, p. 92), “scientific revolutions are here taken to be those non-cumulative developmental episodes in which an older paradigm is replaced in whole or in part by an incompatible new one”.

⁷⁷ “The impact produced by the emergence of online gambling has forced many European countries to amend their legislation in this area to discipline this new phenomenon, fulfilling also the European Union principles [...] Gambling in Spain needs to be adapted to the new European legal framework and urgent measures have to be taken regarding the action and management of State Lotteries. The gaming operator has to modernize its organizational structure, adopting private legal forms suitable to compete adequately in the gaming market.” (ALVEZ, 2011, p. 5). Ainda no âmbito da União Europeia, a edição do *Society of Information Act* ensejou uma reflexão mais ampla, a saber: “[n]ow, even if the Act refers specifically to “gaming operations through electronic, interactive, and technological means,” which includes the internet, television, mobile phones, land lines, and any other interactive communication system where physical means have an ancillary role, it also focuses on the provision of games by the monopoly lottery operators, regardless of the channel through which those games are provided” (BOTO, 2013, p. 23).

fronteiras físicas passa a ser facilitado pela rede mundial de computadores.

Nesse passo, este tópico analisará, primeiramente, o modelo tradicional das apostas no Brasil, que acaba por ser similar entre os âmbitos federal e estadual, a exceção das limitações debatidas no tópico anterior. Por conseguinte, serão demonstrados os parâmetros do incipiente modelo virtual do ente federal para a exploração das lotéricas, como forma de expor um arquétipo para a proposição do último tópico desta monografia, que consistirá na análise da possibilidade de instituição das apostas virtuais pelas loterias dos Estados-membros e quais seriam as limitações para esse meio de execução do serviço, considerando-se o ordenamento jurídico pátrio.

4.1. O MODELO TRADICIONAL DAS APOSTAS NO PAÍS

Tradicionalmente, no Brasil, o modelo corrente das apostas consiste na emissão física de um documento comprobatório da operação de natureza jurídica de título ao portador, o qual confere àquele que o apresenta a legitimidade de credor da obrigação por este representado⁷⁸, já há a dispensa da aposição do nome do beneficiário no bilhete⁷⁹. Isso, porquanto o artigo 6º, do Decreto-lei n. 204/1967, previu que a falta de nome e endereço do possuidor no bilhete implicaria na consideração deste como título ao portador; caso contrário, seria considerado nominativo

⁷⁸ Caio Mário (2009, p. 474) aduz que “[o] princípio *cardeal* em matéria deste instrumento é que a legitimidade do direito representado pelo título de crédito assenta na conjugação da materialidade do instrumento e sua posse, presumindo-se credor quem se apresenta como possuidor do documento”.

⁷⁹ Conforme lição de Mamede (2016, p. 60), “[o] título não traz inscrito o nome do beneficiário do crédito ali afirmado é chamado de ao portador [...] A constituição de título ao portador, contudo, não constitui faculdade ampla, sendo nulo o título que, sem autorização de lei especial, seja emitido ao portador (artigo 907 do Código Civil) [...] Aquele que detém o título ao portador presume-se seu credor, bastando apresentá-lo para exigir o cumprimento da obrigação representada pela cártula”.

e intransferível. Por sua vez, como se pode verificar no verso dos recibos das diversas modalidades de loterias no âmbito federal, apesar de não constar automaticamente o nome, o CPF, o endereço e a assinatura do beneficiário da aposta, há um espaço exclusivo para que a voluntariedade do possuidor seja exercida quanto a essas informações, mas a emissão é ao portador⁸⁰.

A concepção da natureza ao portador do recibo da aposta, inclusive, fora ratificada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), quando decidiu pela impossibilidade de pagamento de prêmio a apostador que teve o seu bilhete extraviado⁸¹ e pelo STF, no caso de um bilhete inutilizado pelo portador⁸². Contudo, há a possibilidade de inscrição do nome do beneficiário da aposta, por mera deliberação do possuidor, de acordo com as normas de cada modalidade de loteria⁸³, hipótese na qual o bilhete passa a ter

⁸⁰ Confirme-se, por exemplo, a partir do quanto dispõe a Circular da CAIXA n. 719, de 2016, a saber: “5.4. O recibo de aposta é emitido ao portador e conterá o seguinte conjunto de dados: - numeração identificadora; - data e hora de registro da aposta; - prognósticos registrados; - código da Unidade Lotérica e número do terminal; - número e data do concurso; - valor; - código de barras”.

⁸¹ No voto do Ministro Relator Luís Felipe Salomão ficou consignado que “[...] se um bilhete premiado é extraviado e a Caixa Econômica Federal paga a quem fez a aposta, mediante provas incontestas - como pretende o autor, ora recorrido -, ainda assim não estará desobrigada a pagar a outrem que apresentar o título no prazo, por força do que dispõe o § 2º, art. 12, do Decreto-lei nº 204/67”. (STJ - REsp: 902158 RJ 2006/0247280-5, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 06/04/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/04/2010).

⁸² De acordo com a ementa do julgado: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONTRA ACÓRDÃO QUE JULGOU IMPROCEDENTE A AÇÃO DO PORTADOR DE UM BILHETE DE LOTERIA INUTILIZADO POR ERRO - EXATO APLICAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES DO DECRETO-LEI 6259 - DENEGAÇÃO DO RECURSO – AGRAVO DESPROVIDO” (AI 23127, Relator(a): Min. ANTONIO VILLAS BOAS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/10/1960, ADJ DATA 29-05-1961 PP-00089 EMENT VOL-00438 PP-00189).

⁸³ Para Caio Mário (2009, p. 474), “[...] seu fundamento é encontrado na teoria da incorporação segundo a qual o direito permanece desde a origem, e em todas as fases de sua existência circulatória, vinculado ao documento que o exprime e delimita; a aquisição do título induz a do direito, da mesma forma que a transmissão de um produz a do outro. (...) Não é mero instrumento probatório, porém documento constitutivo da obrigação, como não se configura como simples reconhecimento de uma dívida, mas um título obrigatório em si mesmo”.

natureza de título nominativo⁸⁴ e, então, intransferível, a teor do artigo 6º, do Decreto-lei n. 204/1967.

Isto posto, provavelmente uma questão relevante para o presente trabalho é o efeito decorrente da característica dos bilhetes ao portador, qual seja, a regra da circulação do título pela simples tradição (entrega) do documento. A transmissão da cártula, pois, corresponde a um ato autônomo no tocante ao título, ao negócio jurídico precedente e, até mesmo, ao pagamento do prêmio, acaso a aposta seja contemplada⁸⁵. Diante desse regramento e da finalidade eminentemente de entretenimento dos apostadores (que poderiam dispor da forma que bem lhes aprouvessem dos bilhetes), a facilitação da circulação de loteria federal dentro dos limites nacionais não representa um problema, apesar de consideração oposta para a esfera estadual⁸⁶.

Não obstante, outra característica das apostas tradicionais diz respeito às referências essenciais (impressão de dados) para a participação no jogo – seja através de recibo contendo números para os concursos de prognóstico (gerais ou esportivos)

⁸⁴ Pontes de Miranda (1971, p. 440) diferenciava o bilhete de nominativo (denominando-o de contrato de loteria) do bilhete ao portador, senão vejamos: *“Pelo contrato de loteria (bilhete nominativo), obriga-se o empreendedor do jogo, perante grande número de contraentes, que de seu lado lhe pagam soma em dinheiro, ou outro valor, a prestar ao vencedor no sorteio prêmio a que o legitima o bilhete nominativo suscetível de se reger pelas regras jurídicas concernentes aos títulos nominativos. Supõem-se transferíveis. Sempre que nos referimos à loteria, tratamos somente do bilhete ao portador, que é hoje quase o único usado, sem os caracteres do contrato de loteria, pois constitui a figura do título ao portador”*.

⁸⁵ Nesse sentido, Mamede (2016, p. 61) confirma que “[a] regra, em relação ao título de crédito ao portador, inscrita no artigo 904 (Código Civil), é a da transferência da titularidade a partir da simples entrega (traditio brevi manu) da cártula pelo cedente ao cessionário. Essa tradição é ato autônomo em relação ao título de crédito em si, bem como ao negócio fundamental e, até, ao cumprimento da obrigação pelo credor”.

⁸⁶ A transmissão de um título ao portador emitido por loteria estadual constituiria um problema, acima de tudo pela possibilidade de negociação informal dos bilhetes por terceiros, em territórios distintos das fronteiras do Estado-membro respectivo. Por conta disso, no seu artigo 53, a Lei de Contravenções Penais imputa como ilícito de natureza criminal a transmissão de apostas de loterias estaduais em territórios alheios. Note-se que esse tópico se torna ainda mais carente de atenção, quando da abordagem das apostas virtuais, como será visto adiante

ou mesmo combinações necessárias para instantaneamente concorrer a uma premiação, no caso das popularmente denominadas “raspadinhas”. Trata-se do princípio da literalidade⁸⁷ dos bilhetes, o qual norteia os pagamentos dos respectivos prêmios, em caso de contemplação da aposta; por essa razão, não se pode argumentar a ocorrência de qualquer equívoco no preenchimento pela representação lotérica após a aceitação do bilhete emitido⁸⁸.

Enfim, tanto o bilhete em questão representa um direito autônomo, sendo irrelevante o propósito do possuidor em ter apostado neste ou naquele jogo, em tal ou qual dia ou sorteio, pois os únicos dados que serão considerados para fins práticos de pagamento do prêmio serão aqueles constantes no bilhete⁸⁹. E, em se tratando do modelo de aposta tradicional, o meio físico de emissão e de realização dos jogos tem estreita relação com a literalidade; no fim das contas, é na cártula⁹⁰ que constam os

⁸⁷ Consoante ensinamento de Ricardo Negrão (2017, p. 32), “[p]or este princípio implica dizer que vale o que está escrito e que, se algo diverso tiver sido contratado, não estando escrito no título, não pode ser alegado pelas pessoas intervenientes em defesa de seus direitos”.

⁸⁸ Nesse sentido, decidiu o STJ, conforme ementa a seguir: “*CIVIL. LOTECA DO CERTO E DO ERRADO. O direito do apostador se limita ao que está contido no título ao portador, nada importando que possa ter sido confundido por informações imprecisas de concursos anteriores, já corrigidas por ocasião de sua aposta. Recurso especial não conhecido*” (REsp 146436/RJ, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/09/1999, DJ 25/10/1999 p. 77).

⁸⁹ Em citado acórdão de Relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, tem-se aposta na ementa que “[e]m se tratando de aposta em loteria, com bilhete não nominativo, mostra-se irrelevante a perquirição acerca do propósito do autor, tampouco se a aposta foi realizada neste ou naquele dia, tendo em vista que o que deve nortear o pagamento de prêmios de loterias federais, em casos tais, é a literalidade do bilhete, eis que ostenta estas características de título ao portador”. Adiante, arremata que “[é] que o bilhete premiado veicula um direito autônomo, cuja obrigação se incorpora no próprio documento, podendo ser transferido por simples tradição, característica que torna irrelevante a discussão acerca das circunstâncias em que se aperfeiçoou a aposta” (STJ - REsp: 902158 RJ 2006/0247280-5, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 06/04/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/04/2010)

⁹⁰ Como se verá adiante, a emissão física pode ser mitigada por meio de eventual virtualização das apostas; entretanto, os dados e referências para os sorteios ou para a obtenção instantânea do prêmio deverão permanecer em qualquer meio em que o

dados essenciais para o exercício do direito.

Após a análise do modelo tradicional das apostas federais no Brasil, deve-se observar como o parâmetro de apostas virtuais, ainda bastante incipiente, é concebido na esfera da União, bem como notar a tendência de um processo evolutivo com vistas à virtualização da larga maioria (ou da totalidade) das apostas lotéricas federais.

4.2. DA VIRTUALIZAÇÃO DAS APOSTAS NAS LOTERIAS FEDERAIS

Na conformidade do que fora anteriormente mencionado, o ambiente de transformações⁹¹ das relações jurídicas entabuladas na sociedade implica numa substituição progressiva do meio físico – no caso das apostas lotéricas, representadas pelo recibo em papel –, pelo meio eletrônico⁹². Todavia, as loterias federais no país situam-se em uma fase bastante incipiente no processo evolutivo de substituição do paradigma físico pelo virtual, cujo conceito, para esta monografia, corresponde à possibilidade de realização das apostas pelos jogadores através da internet, sem a necessidade de emissão física de recibo, nem de comparecimento presencial a estabelecimento comercial. Para tanto, basta analisar algumas das modalidades de loterias previstas no ordenamento jurídico pátrio, já referidas acima, que disponham de algum permissivo sobre a oferta desses serviços em

serviço seja prestado, pela própria essência da literalidade do documento. Caso contrário, o documento deixa de ser considerado um título e passa ser um documento precário, não passível de execução imediata da obrigação ali constante.

⁹¹ Há aproximadamente uma década, Fábio Ulhôa Coelho (2008, p. 389) já constatava que “[o] quadro é provocado pelo extraordinário progresso no tratamento eletrônico das informações, o crescente uso dos recursos da informática no cotidiano da atividade de administração do crédito. De fato, o meio eletrônico vem substituindo paulatina e decisivamente o meio papel como suporte de informação”.

⁹² Gladston Mamede (2016, p. 49) pontua que “[a]s operações eletrônicas são uma realidade; o grosso do crédito circulante no mundo não mais tem base material, expressando-se em impulsos eletrônicos. São operações mais financeiras e mobiliárias do que crédito”.

meio virtual.

A Circular da CAIXA nº 719/2016, que regulamenta os concursos de prognósticos de números, prevê a possibilidade extremamente restrita de realização de apostas virtuais, para apenas clientes pessoas físicas da mencionada instituição bancária, através do *Internet Banking* CAIXA (IBC), tão-somente no jogo denominado de “Mega-Sena”. Por conseguinte, por carência de previsão específica, as apostas de outros concursos de prognósticos de números, ademais da Mega-Sena, não são realizadas por meios virtuais, nos limites conceituais supramencionados. Em relação à LOTEX, que ainda se encontra em processo de reformulação após o advento da Lei n. 13.155/2015, essa poderá dispor de serviço por meios virtuais, a teor do quanto determinado no artigo 28 da referida legislação; no entanto, ainda não fora regulamentada tal prestação.

Em face desse cenário, tem-se na prática uma única possibilidade atual de realização de apostas virtuais, qual seja, pelo *internet banking* de cliente pessoa física da CAIXA, apenas para a Mega-Sena. Entretanto, malgrado um contexto excessivamente restritivo, nota-se algumas questões importantes concernentes às apostas virtuais, no tocante ao regramento específico da Circular da CAIXA n. 719/2016, sobre os concursos de prognósticos.

Para além das restrições em relação ao tipo de jogo (Mega-Sena), às pessoas que possam efetuar apostas (somente pessoa física, maior de dezoito anos) e ao vínculo pré-constituído com a instituição bancária (titulares de conta-corrente da CAIXA), verificam-se limites quanto ao valor responsável do jogo (disponível apostas de até cem reais por dia), quanto ao meio de pagamento (débito bancário da conta que originou a aposta), bem como quanto ao concurso (apenas para o concurso vigente, sendo vedada a chamada “teimosinha”, que corresponde a aposta para concursos sucessivos) e quanto à transparência (não é possível a elaboração de aposta denominada

“surpresinha”, isto é, realizada pelo sistema de processamento das apostas, sem a escolha, pelo apostador, dos números participantes do sorteio)⁹³. Essas imposições, no entanto, devem ser consideradas de natureza regulamentar, não sendo indicativas para vinculação de todo o sistema nacional de loterias, diferentemente daquelas que serão vistas abaixo.

Finalmente, ademais das informações necessárias para o atendimento à literalidade do bilhete, a caracterização mais relevante, que decorre da mudança de paradigma físico para o virtual, reside na obrigatoriedade do recibo da aposta virtual ter a característica de título nominativo⁹⁴, porquanto necessária a identificação do documento com o nome e o CPF do cliente que registrou a aposta, única pessoa que terá direito ao prêmio, em caso de contemplação⁹⁵. Desse modo, a imposição de emissão de recibo nominativo quando da realização das apostas virtuais tem justificativa na maior segurança do serviço e na melhor comprovação da operação⁹⁶. Isso, pois, se os bilhetes não fossem nominativos, mas ao portador, seria mais fácil a transmissão dos comprovativos por meios virtuais (e, portanto, dos direitos

⁹³ Ver item 9.3.1.1, da mencionada Circular da Caixa.

⁹⁴ Segundo a Circular da CAIXA n. 719/2016, “5.6. No caso de aposta realizada por meio do IBC, o recibo é nominativo e deve conter o seguinte conjunto de dados: - numeração identificadora; - data e hora de registro da aposta; - prognósticos registrados; - número e data do concurso; - valor; - código de segurança; - CPF e nome do cliente que efetuou aposta”. De certo modo, há uma dissonância desta previsão com a do artigo 6º, do Decreto-lei n. 204/1967, pois não contempla a necessidade de aposição de endereço. Mesmo assim, eventual carência de endereço estaria suprida diante da vinculação à conta bancária do cliente da CAIXA (“endereço bancário”), na qual vinculam-se outros tantos dados do apostador.

⁹⁵ Passa-se a confundir, em um único sujeito, obrigatoriamente, a qualificação de apostador e de beneficiário do prêmio. Demais disso, o item 9.3.1.6.1 do mencionado regimento da CAIXA prevê que, em caso de conta conjunta, a aposta será identificada com o CPF do cliente que acessou o *internet banking* da CAIXA – IBC, o que confirma ainda mais a unificação entre as duas qualificações supramencionadas.

⁹⁶ Ricardo Negrão (2017, p. 50) defende que “[m]edidas que conduzem à plena adoção e aceitação no meio jurídico, em especial nos meios forenses, dos títulos virtuais podem ser estudadas em quatro categorias: segurança dos dados, assinaturas digitais, prova da operação e efeitos jurídicos”. Todas essas se aplicam ao caso em tela, mas a sua discussão não ficará a cargo do presente trabalho.

decorrentes do título), inclusive com grande probabilidade de apresentação por vários possuidores (uma vez que o documento poderia ser facilmente replicado e não constaria a alcunha do beneficiário), sem contar o risco de invasão dos dispositivos eletrônicos dos clientes por *crackers*, que passariam a ter o direito sobre eventual prêmio, sem que o apostador tenha dado causa (procedido a tradição ou a inutilização do documento)⁹⁷. Por consequência, ressalte-se que, como dito anteriormente, em sendo um título nominativo, deverá ser considerado intransferível, com fundamento no artigo 6º, do Decreto-lei n. 204/1967.

Nesse diapasão, percebe-se que, ainda que o sistema de loterias federais do Brasil encontre-se em um nível bastante incipiente de desenvolvimento, a tendência de virtualização das apostas é inevitável⁹⁸. De todo modo, da compreensão do arquétipo federal de loterias virtuais, entende-se pela existência de requisitos importantes para a segurança do serviço e a melhor comprovação das operações lotéricas, os quais devem ser indicativos de vinculação de todo o sistema de loterias no país –

⁹⁷ A natureza jurídica de título nominativo ainda disporá de mais argumentos necessários, para a eventual hipótese das loterias estaduais, como será visto em tópico próprio.

⁹⁸ A possibilidade de efetuar apostas não presencialmente já fora reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, no caso das apostas realizadas por meio telefônico. No mencionado acórdão, ficou definido que: “I - A aposta em corrida de cavalos é atividade expressamente regulamentada pela Lei n. 7.291/84 e pelo Decreto n. 96.993/88, não incidindo, pois, as vedações contidas no Código Civil a esse tipo de jogo; II - Embora os referidos diplomas legais prevejam a realização de apostas em dinheiro e nas dependências do hipódromo, em nenhum momento eles proíbem a realização delas por telefone e mediante o empréstimo de dinheiro da banca exploradora ao apostador; III - Entender pela abusividade de tal prática levaria ao enriquecimento ilícito do apostador e feriria ao princípio da autonomia da vontade, que permeia as relações de Direito Privado, onde, ao contrário do Direito Público, é possível fazer tudo aquilo que a lei não proíbe; IV - In casu, as instâncias ordinárias manifestaram-se no sentido da regularidade do procedimento das apostas promovidas pelo recorrente, sendo que o revolvimento de tais premissas implicaria o reexame do conjunto fático-probatório, o que é inviável na presente via recursal, em face do óbice do Enunciado n. 7 da Súmula/STJ; V - Recurso especial improvido” (STJ - REsp: 1070316 SP 2008/0138743-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 09/03/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/08/2010).

título nominativo e intransferível. Por outro lado, questões polêmicas poderão surgir em searas jurídicas, que deverão se adaptar à ampliação da utilização tecnológica dos serviços tradicionalmente prestados fisicamente⁹⁹, mas que não serão objeto do presente trabalho¹⁰⁰.

Outrossim, impende verificar a possibilidade de instituição das apostas virtuais na seara das loterias estaduais e, em caso positivo, verificar de que forma a conjugação dos requisitos atinentes à natureza estadual e à modalidade virtual do serviço (título nominativo e intransferível) poderiam viabilizar a sua oferta, de acordo com o ordenamento jurídico nacional.

4.3. A OFERTA DAS APOSTAS VIRTUAIS PELAS LOTERIAS ESTADUAIS

Após a superação do debate acerca da confirmação da competência político-administrativa dos Estados-membros para

⁹⁹ Destaque-se para uma questão bastante relevante no tocante ao microssistema consumerista, uma vez que o apostador é notoriamente um consumidor, porque é destinatário final do serviço e tem hipossuficiência técnica e econômica, em cotejamento com as loterias (artigos 2º e 6º, VIII, ambos da Lei n. 8.078/1990). Assim como as transações bancárias normais, as apostas virtuais são realizadas por meio da internet e, logo, podem-se suscitar por alguns a aplicação do direito de arrependimento no prazo de sete dias a contar da prestação do serviço (que, a nosso entender, ocorre apenas virtualmente), o que seria um contrassenso, verdadeiro enriquecimento ilícito, sobretudo se o sorteio já tivesse sido realizado quando do “arrependimento”. Entretanto, outras hipóteses mais razoáveis podem ser levantadas pelo apostador – como estímulo de empréstimo da gestora das loterias (a exemplo da CAIXA) para que o agente pudesse realizar as apostas, com fundamento no artigo 815 do Código Civil, segundo o qual “[n]ão se pode exigir reembolso do que se emprestou para jogo ou aposta, no ato de apostar ou jogar”.

¹⁰⁰ Desde já, defende-se a aplicabilidade da literalidade do título em detrimento da voluntariedade do apostador, bem como a obrigatoriedade de pagamento de empréstimo contraído para a realização de apostas por pessoa capaz. Ademais, entende-se pela aplicação do artigo 814 do Código Civil, que dispõe acerca da impossibilidade de arrependimento de jogo realizado, com a finalidade de recobrar o que voluntariamente fora pago para a prestação desse serviço, ratificando-se a determinação da Circular da Caixa 719/2016, segundo a qual “[n]ão há possibilidade de estorno ou cancelamento da aposta efetuada no IBC”.

a instituição e exploração da atividade lotérica, o contexto das transformações, verificado anteriormente, suscita uma nova problemática não menos complexa, que seria a possibilidade de oferta, pelas loterias estaduais, de jogos em meio virtual (através da rede mundial de computadores, de acordo com o enquadramento conceitual já esposado).

4.3.1. DA POSSIBILIDADE DE OFERTA VIRTUAL

A princípio, poder-se-ia afirmar que, como os limites geográficos dos Estados-membros do Brasil seriam violados por meio da disposição de loterias em meio digital, esta forma de oferecimento desse serviço público estadual estaria vedada. Até porque, os limites possíveis de acesso que os sites e aplicativos, em regra, podem impor são nacionais e não regionais, seja por determinação de uso de domínio “.br” ou de localização em *Global Positioning System (GPS)* de um usuário do serviço. Então, seria muito difícil bloquear a ordem de serviço dentro do território brasileiro, o que ensejaria o desenvolvimento de uma tecnologia muito avançada e custosa, ante os parâmetros de teto de despesas para o custeio da atividade e as restrições financeiras das loterias menos rentáveis, de pequenos estados.

No entanto, esse pensamento de um pragmatismo desmesurado não se harmoniza com o cenário de revolução tecnológica em que a sociedade brasileira está inserida. Isso, porquanto uma vedação da utilização de meio virtual para a prestação do serviço implicaria no soerguimento de uma barreira intransponível ao longo do tempo, uma vez que a tendência mundial é pela virtualização dos sistemas. Assim sendo, a manutenção do paradigma do bilhete físico, emitido em um estabelecimento comercial próprio, ensejaria o fim dessa atividade no futuro, em que o físico não seja mais possível coexistir com o virtual.

Some-se a isso que o ordenamento jurídico não proíbe a prestação de serviços de loterias por meio da internet. Pelo

contrário, a legislação acerca da LOTEX de 2015 prevê expressamente a utilização dessa intermediação para a execução dos serviços lotéricos. E, assim sendo, em razão do paralelismo constitucional, ao ser possível para a União a instituição e o desenvolvimento de atividade lotérica por canal não presencial, em função da competência político-administrativa compartilhada com os Estados-membros, esses igualmente poderão instituir modo virtual de execução dos seus serviços, desde que atendidas às limitações lógicas do federalismo brasileiro e da natureza do próprio serviço.

4.3.2. DAS LIMITAÇÕES GERAIS NECESSÁRIAS À IMPLEMENTAÇÃO

Verificada, pois, a viabilidade de instituição de loterias pelos Estados-membros do Brasil, não se pode tão-somente importar, para o âmbito estadual, as determinações ou restrições decorrentes do modelo federal de apostas virtuais. Na realidade, deve-se proceder uma compatibilização entre as já abordadas limitações gerais das loterias estaduais aos requisitos necessários para a implementação dos jogos virtuais, à luz do ordenamento jurídico pátrio. Então, subdivide-se em cinco categorias distintas de limitações necessárias à implementação dessa figura nos Estados-membros, quais sejam, a necessidade de emissão de título nominativo, as restrições territoriais de emissão e de circulação no contexto virtual, o resgate de premiação em território estadual, as modalidades de loterias permitidas e o teto das despesas administrativas.

4.3.2.1. A NECESSIDADE DE EMISSÃO DE TÍTULO NOMINATIVO E INTRANSFERÍVEL

Em seguimento aos argumentos esposados no tópico atinente às loterias federais, em razão da segurança virtual e da

preservação dos direitos do apostador, a emissão de bilhete de loteria estadual, tal como aquela, deve ocorrer apenas na forma de título nominativo e, em decorrência do artigo 6º, do Decreto-lei n. 204/1967, terá essa a característica de intransmissibilidade.

Logo, tão-somente quem realiza a aposta pode ser o beneficiário de eventual prêmio contemplado com a loteria. Trata-se de uma restrição à autonomia da vontade do usuário do serviço, mas a previsão da legislação mencionada tem justificativa, sobretudo na seara estadual, diante da impossibilidade de circulação (transmissão) do bilhete por território distinto daquele em que se localiza a loteria. Se assim fosse possível, estar-se-ia viabilizando a abertura de um mercado de negociação de bilhetes de loterias estaduais, que ainda proibido, poderia ser explorado irregularmente, diante da oportunidade de lucros pela oferta de uma loteria de um estado em outro, sobretudo sem a necessidade de deslocamento físico, no contexto das apostas virtuais. Dessa forma, veda-se a circulação para impedir o desenvolvimento de qualquer mercado, em uma conjuntura facilitada pela aproximação e interconexão decorrentes da internet.

4.3.2.2. AS RESTRIÇÕES TERRITORIAIS DE EMISSÃO E AS VENDAS PASSIVAS

Quanto às restrições territoriais de emissão, essas são limitações previstas no regramento geral das loterias estaduais, pois decorre da própria lógica do federalismo, no qual um ente federativo estadual não pode interferir na autonomia territorial de outro. Ocorre que, no contexto virtual, as fronteiras são fluidas, a oferta de produtos e serviços virtualmente atingem pessoas fora das delimitações geográficas pretendidas e, como dito alhures, o bloqueio desse tipo de venda é impossível ou muito difícil e custosa, notadamente diante da limitação das despesas com o custeio e a manutenção dos serviços.

Nesse aspecto, cumpre importar do ordenamento jurídico

da União Europeia um conceito que se origina dos acordos verticais entre empresas, mas que tem grande pertinência lógica com o caso. Acredita-se que, *mutatis mutandis*, a hipótese em baila tem, na sua essência, alguma semelhança com o contrato que determina a exclusividade da venda de um bem ou serviço em um determinado território (por exemplo, de um país membro da União Europeia), mas permite que o fornecedor de outro Estado-membro possa vender determinado bem ou serviço para o consumidor daquele local onde tem-se um fornecedor exclusivo, desde que a venda seja enquadrada como passiva¹⁰¹. De acordo com a Comissão Europeia (2010, p. 24), na “Comunicação da Comissão para Orientações relativas às restrições verticais”, as vendas passivas constituem “*a resposta a pedidos não solicitados, apresentados por clientes individuais, incluindo a entrega de bens ou a prestação de serviços a esses clientes*”. Com base nesse fundamento, deve-se permitir as vendas virtuais de natureza passiva dos serviços lotéricos de um estado em outro, tal como ocorre na sistemática dos acordos verticais na União Europeia.

A seu turno, alguns parâmetros inconteste devem nortear a interpretação daquilo que se denomina pedido “não solicitado”, com vistas à atuação das entidades estaduais. Concebe-se, dessa forma, a evidente impossibilidade de criação ou autorização de estabelecimento ou de representação fora da sua unidade federativa, como também a proibição de publicidade externa, quando for possível a divulgação do serviço por outros canais de comunicação. Isto é, proíbe-se a publicidade em meios de comunicação a nível federal ou de outros entes, restringindo-se tão

¹⁰¹ Ressalte-se que existem inúmeras dessemelhanças entre a figura original da venda passiva, seja porque decorre de um acordo vertical entre distribuidor e varejista (e não de uma lei proibitiva, ou de uma determinação constitucional), ou por conta de o produto ou serviço seja praticamente idêntico (apesar de que, no Brasil, as normas nacionais uniformizam os limites das loterias ofertadas pelas entidades estaduais), ou mesmo de origem única. Demais disso, os clientes/apostadores de cada estado não são exclusivos, em sentido amplo, das loterias estaduais, pois existe a concorrência das loterias federais; mas são exclusivos quanto à loteria de natureza estadual.

somente àqueles de âmbito do respectivo Estado-membro (redes de televisão, jornais, rádios e revistas) ou com o conteúdo local ou regional (em caso de sites de notícias especializados na região, apesar de conectado à rede mundial de computadores). Contudo, nada impede que uma publicidade direcionada ao público-alvo atinja, de alguma forma e por um justificável motivo, outros apostadores, fato que não desnatura a caracterização de venda passiva¹⁰².

Ademais, ratificando-se o conteúdo exposto em tópico anterior para o caso brasileiro, a Comissão Europeia (2010, p. 24), quando trata da venda passiva ainda aduz que a disponibilização de um serviço na internet produz efeitos que vão além dos limites territoriais do fornecedor, mas deve-se ter em mente que isso é uma consequência da facilidade propiciada pela tecnologia. Nesse diapasão, “[s]e um cliente visita um sítio Web de um distribuidor, contactando-o de seguida, e se este contacto conduz a uma venda, incluindo a entrega, tal é considerado uma venda passiva”. Em sendo assim, aplicando-se o contexto nacional, ratifica-se a viabilidade de venda passiva por meio virtual em territórios exclusivos a apenas a atuação de um ente estadual (além do federal).

Por outro lado, deve-se salientar que não podem as loterias estaduais, utilizando-se do fundamento da restrição territorial, impor barreiras à contratação em razão da nacionalidade, da naturalidade, do domicílio ou da residência do apostador. Essas eventuais determinações são, pois, inconstitucionais, na medida em que violariam à igualdade entre as pessoas, sem distinções

¹⁰² Seguindo-se esse entendimento, a Comissão Europeia (2010, p. 24) considera que “[a] publicidade de carácter geral ou a promoção que atinge clientes nos territórios ou grupos de clientes (exclusivos) de outros distribuidores, mas que constitui uma forma razoável de atingir clientes fora desses territórios ou grupos de clientes, por exemplo, para atingir clientes no seu próprio território, são consideradas vendas passivas”. No cenário das loterias estaduais, a adaptação dessa teoria torna possível que, por exemplo, caso sejam inexistentes grandes redes de comunicação locais, não se lhes é vedada, a depender da circunstância, a veiculação de publicidade em canais supra estaduais.

de qualquer natureza, consagrada no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal.

4.3.2.3. O RESGATE DE PREMIAÇÃO EM TERRITÓRIO ESTADUAL

Não obstante às restrições territoriais relativas à emissão do bilhete nominativo, outra limitação que deve ser imposta ao beneficiário do bilhete premiado é a de resgate no território do Estado-membro ao qual a loteria está vinculada. Isso, porque a verificação dos requisitos para o pagamento somente pode ser realizada por agente ou sistema habilitado, na conformidade do regulamento estadual da lotérica, que inicialmente ainda se localiza em meio presencial¹⁰³.

Por seu turno, qualquer problema eventualmente relacionado ao pagamento e até mesmo ao sorteio da loteria deverá ser solucionado no âmbito interno de cada Estado-membro, reafirmando-se a necessidade de atuação delimitada, na medida do possível, ao território de cada ente estadual.

4.3.2.4. AS MODALIDADES DE LOTERIAS PERMITIDAS

Quanto às modalidades de loterias permitidas pela legislação, aplica-se na integralidade do quando mencionado em item relativo às limitações às loterias estaduais, ainda que físicas. Isso, por conta da competência privativa da União em legislar acerca da matéria, o que implica na construção de lei nacional de caráter geral uniformizador.

¹⁰³ Essa limitação, todavia, desde que haja uma modificação na legislação federal que normaliza o regimento geral das loterias poderá ser mitigado, na hipótese de permissão de disponibilização de uma carteira de ativos virtual de cada loteria, podendo o utilizador fazer depósitos de quantias e resgates de prêmios a partir dessa carteira, desde que a premiação seja em dinheiro ou conversível em moeda, mas o saque do montante dessa carteira deve permanecer presencial.

Nesse sentido, a autonomia dos Estados-membros decorrentes de sua competência político-administrativa apenas os faculta a possibilidade de instituir loterias à semelhança daquelas ofertadas pela loteria federal. *In casu*, com as devidas adequações para o contexto de cada estado¹⁰⁴, inclusive na nomenclatura (quando houver a expressão federal), desde que não haja uma desnaturação das figuras, pode-se instituir loteria federal (na sua essência, mas com a denominação estadual), loteria instantânea, loterias de números, loterias esportivas, loteria específica de números ou símbolos.

4.3.2.5. O TETO DAS DESPESAS ADMINISTRATIVAS

Por fim, relativamente ao teto das despesas administrativas, consoante visto anteriormente, quando da discussão das restrições que não abrangiam os meios virtuais, trata-se de importante mecanismo de controle desse serviço público impróprio com viés de fomento de atividades públicas relevantes, em um ambiente de controle de gastos, posterior à promulgação da emenda constitucional que impôs um novo regime fiscal.

Conquanto seja uma importante limitação para o atingimento dos fins estatais com esse canal contributivo, por uma questão constitucional proveniente do federalismo e da impossibilidade de imputação de limites obstaculizadores da prestação do serviço, os percentuais impostos às loterias estaduais devem ser idênticos aos da União. Nesse aspecto, decorre esse entendimento da similitude de tratamento dos entes, sem que sejam permitidas imposições injustificáveis na legislação federal, com o intuito de obstar o funcionamento dos serviços de outros entes. Até porque, as previsões ora existentes, direcionadas

¹⁰⁴ Exemplificadamente, em razão do paralelismo constitucional, a loteria esportiva estadual somente abrangeria o fomento de comitês e entidades esportivas com sede no território do respectivo estado, até mesmo como uma intenção de fomento desse tipo de atividade naquela região.

exclusivamente aos Estados-membros, restringem os patamares máximos de gastos administrativos das loterias, em alguns casos, a cerca de um quarto do limite federal, sem qualquer justificativa plausível.

CONCLUSÃO

O tratamento da matéria de loterias no Brasil enseja o debate de inúmeras questões controvertidas, sejam de natureza conceitual, relativas às competências legislativa e político-administrativa, ou mesmo quanto ao enquadramento normativo da atividade considerada lícita. Assim, o presente trabalho, sem deixar de indicar os pontos não unânimes da doutrina e da jurisprudência pátrias, buscou traçar uma linha analítica no tocante à possibilidade de instituição de apostas virtuais – assim consideradas aquelas realizadas remotamente, pela internet, sem a emissão de recibo em cártula – pelas loterias estaduais no Brasil, o que não poderia ocorrer, sem antes, abordar a polêmica acerca das competências dos Estados-membros para instituírem as suas respectivas loterias.

Inicialmente, verificou-se que, ainda que a competência legislativa sobre as loterias seja privativa da União, esta comparte com os Estados-membros àquela de viés político-administrativo. Assim sendo, o ente federal tem a atribuição de atividade legislativa de cunho nacional – geral e abstrata – acerca da disciplina das loterias, restando aos entes estaduais a regulamentação das especificidades respectivas de cada local. Outrossim, para o desenvolvimento de atividades lotéricas, os Estados-membros deverão se submeter a limitações de cunho territorial, concernente às modalidades de loterias e relativas ao teto de despesas administrativas dos serviços.

Posteriormente, observou-se o movimento de transformação da sociedade – pautado nas revoluções tecnológicas da informação – para fazer um estudo comparativo entre os

modelos tradicional e virtual de apostas no âmbito nacional, salientando-se para a tendência de mudança de paradigma daquele para este. Todavia, ainda no âmbito federal de loterias, a alteração de paradigma fez exsurgir restrições ao serviço, decorrentes da sua própria natureza não presencial; notadamente, o bilhete passou a ser obrigatoriamente um título nominativo e intransferível.

Com base nessa verificação, passou-se a indagar acerca da possibilidade de oferta de apostas virtuais pelas lotéricas estaduais, o que ficou atestado pela viabilidade, desde que fossem implementadas algumas limitações, sejam em razão do aspecto estadual da loteria, como também da natureza virtual da aposta, em uma conjugação normativa à luz do ordenamento jurídico pátrio. Assim sendo, elegeu-se cinco limitações necessárias à implementação do modelo de aposta virtual na esfera das loterias estaduais, quais sejam, a necessidade de emissão de título nominativo e intransferível, o respeito às restrições territoriais, com ressalvas às vendas passivas, a imposição de resgate em território estadual, a vinculação às modalidades de loterias permitidas em legislação nacional e a imposição de teto para gastos com despesas administrativas das entidades lotéricas.

Logo, respeitando-se os parâmetros limitativos acima indicados, deve-se permitir a exploração de loterias estaduais por meios virtuais, inclusive possibilitando a realização de apostas pela internet. Isso se dará através da autorização do Ministério da Fazenda, através da SEAE. Por outro lado, no exercício de sua atribuição regulatória em sentido amplo, a SEAE poderá suspender ou revogar a autorização conferida a uma loteria estadual, caso os requisitos antes verificados tenham sido modificados posteriormente.



REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.
- ALVEZ, D. Rafael Andade. *La venta anticipada de LA: necesidad sin virtud*, n. 812, Madri: Actualidad Juridica Aranzadi, jan. 2011.
- AMARAL, José Ronaldo do. *As loterias federais brasileiras: um estudo da arrecadação e da sua previsão*. Dissertação de mestrado. Brasília: UnB, 2005.
- ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: RT, 1968.
- BARROSO, Luís Roberto. *Parecer Decisão do STF*. Rio de Janeiro, 16 de janeiro de 2007.
- _____. *Temas de direito constitucional*, vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BOTO, Alejandra. *A new legislative framework for online gaming in Spain*. In: UNLV Gaming Law Journal, Las Vegas: 2013, vol. 4, p. 11-37.
- BRASIL, República Federativa do. *Decreto-lei n. 204, de 27 de fevereiro de 1967*.
- _____. *Decreto-lei n. 594, de 27 de maio de 1969*.
- _____. *Decreto-lei n. 3.688, de 03 de outubro de 1941*.
- _____. *Decreto-lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942*.
- _____. *Decreto-lei n. 6.259, de 10 de fevereiro de 1944*.
- _____. *Decreto Presidencial n. 9.003, de 13 de março de 2017*.
- _____. *Lei n. 6.717, de 12 de novembro de 1979*.
- _____. *Lei n. 9.649, de 27 de maio de 1998*.
- _____. *Lei n. 11.345, de 14 de setembro de 2006*.
- _____. *Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006*.

- _____. *Lei n. 13.155, de 04 de agosto de 2015.*
- _____. *Lei n. 13.262, de 22 de março de 2016.*
- COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial*, vol. 1, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- COHEN, Lloyd R. *The lure of the lottery*. In: *Wake Forest Law Review*, Winston-Salem, vol. 36, p. 705-745.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23º. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- DOSI, Giovanni. *Technological paradigms and technological trajectories: A suggested interpretation of the determinants and directions of technical change*. Research Policy 11. Amsterdã: North-Holland Publishing Company, 1982, p. 147-162.
- ECONÔMICO, Secretaria de Acompanhamento. *Nota acerca das irregularidades das loterias estaduais*. Brasília: SEAE, 2017. Disponível em: < http://seae.fazenda.gov.br/destaques/destaque-loterias-estaduais/notainformativa_irregularidadesloteriasestaduais>. Acesso em 28 de agosto de 2017.
- EUROPEIA, Comissão. *Comunicação da Comissão: Orientações relativas às restrições verticais*. Bruxelas, 10.5.2010 SEC(2010) 411 final.
- FAZENDA, Ministério da. *Portaria Ministerial n. 30, de 08 de fevereiro de 2008*.
- FEDERAL, Caixa Econômica. *A rede lotérica no Brasil*. CANTON, Ana Maria (Org.). Brasília: IPEA, 2010.
- _____. *Circular CAIXA n. 719, de 05 de julho de 2016*.
- _____. *Valores repassados*. Brasília: CAIXA, 2016. Acesso em: <http://www.caixa.gov.br/Downloads/caixa-loterias/valores-repassados-2016.pdf> >, Acesso em 10 de setembro de 2017.

- FEDERAL, Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 112*, Ministro Relator Néri da Silveira, Tribunal Pleno, DJ 09.02.1996.
- _____. *ADI 2847*, Ministro Relator Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgamento em 05.08.2004, DJ 26.11.2004.
- _____. *ADI 2950*, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgamento em 29.8.2007, DJe de 1.2.2008.
- _____. *ADI 2995*, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgamento em 13.12.2006, DJe de 28.9.200.
- _____. *ADI 3895*, Relator Ministro Menezes Direito, Tribunal Pleno, julgamento em 4.6.2008, DJe de 29.8.2008.
- _____. *ADI n. 4.375*, Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgamento em 02.03.2011, DJe de 20.06.2011.
- _____. *AI 23.127*, Relator Ministro Antonio Villas Boas, Segunda Turma, julgamento em 04.10.1960, ADJ data 29.05.1961.
- _____. *AI 235.800 AgR*, Relator Ministro Moreira Alves, Primeira Turma, julgamento em 25.5.1999, DJ de 25-6-1999.
- _____. *Súmula vinculante 2*, Tribunal Pleno, DJe n. 78, 10 de agosto de 2007, p. 33.
- JUSTIÇA, Superior Tribunal de Justiça. *REsp 146.436/RJ*, Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgamento em 14.09.1999, DJ 25.10.1999.
- _____. *REsp: 902.158 RJ 2006/0247280-5*, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgamento em 06.04.2010, DJe de 26.04.2010.
- _____. *REsp: 1.070.316 SP 2008/0138743-0*, Relator Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgamento em 09.03.2010, DJe de 03.08.2010.
- KABURAKIS, Anastasios; RODENBERG, Ryan M. *Odds: Gambling, Law and Strategy in the European Union*. In: *Business Law International*: Londres, vol. 13, n. 01, jan. 2012, p. 63-96.
- KUHN, Thomas S. *The Structure of Scientific Revolutions*. 2^a

- ed. ampl. In: NEURATH, Otto (Org.). *International Encyclopedia of Unified Science: Foundations of the Unity of Science*, Vol II, n. 2. Chicago: The University of Chicago, 1970.
- LOCHAGIN, Gabriel Loretto. *A Comissão Europeia e a proteção da concorrência no setor postal*. In: Revista do IBRAC, São Paulo: RT, ano 19, vol. 21, jan.-jun. 2012.
- MAMEDE, Gladston. *Direito Empresarial Brasileiro: títulos de crédito*, vol. 3, 9ª ed., rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2016.
- MÁRIO, Caio. *Instituições de direito civil*, vol. III. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.
- MARRARA, Thiago. *Manual de direito administrativo: fundamentos, organização e pessoal*, vol. I. São Paulo: Kindle Direct Publishing (KDP), 2017.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MENDONÇA, Maria Luiza Foz. *Legalização do jogo: uma aposta arriscada*. In: Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, v. 94, n. 837, p. 389-397, jul. 2005.
- MIERS, David. *Regulation and the Public Interest: Commercial Gambling and the National Lottery*. In: The Modern Law Review: Londres, vol. 59, n. 4, julho de 1996, p. 489-516.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, tomo XXXII, 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.
- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 15ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legalidade de lei autorizativa de realização de concurso de prognósticos: Parecer n. 15/87*. In: Revista de Direito da Procuradoria Geral, n. 40, Rio de Janeiro: Centro de Estudos Jurídicos,

1988, p. 236-242.

NEGRÃO, Ricardo. *Curso de direito comercial e de empresa: títulos de crédito e contratos empresariais*, v. 2, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Parcerias público-privadas nos serviços de loterias estaduais*. In: Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Belo Horizonte: Forum, ano 1, n.12, abr.-jun. 2003.

POZAS, Luis Jordana de. *Ensayo de una Teoria del Fomento en el Derecho Administrativo*. In: Revista de Estudios Políticos, número 48, Madri: CEPC, nov.-dez. 1949.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*, 27ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Loterias estaduais na Constituição de 1988*. In: Revista de Direito Público. Rio de Janeiro, v. 22, n. 91, p. 95-02, jul.-set. 1989.

TÁCITO, Caio. Loteria estadual. Limites de emissão de bilhetes. Autonomia estadual. In: Revista de Direito da Procuradoria Geral, n. 40, Rio de Janeiro: Centro de Estudos Jurídicos, 1988, p. 50-63.