

Em 25 de junho de 2007.

Sumula Vinculante Nº 2 – Supremo Tribunal Federal – Inconstitucionalidade Lei ou Ato Normativo que Disponha sobre Loterias e Jogos – Abrangência da Súmula – Vedação da Prática de Atos de Consentimento para a Exploração de Loterias e Bingos pelos Estados e pelo Distrito Federal

Senhora Procuradora-Geral,

I

Trata-se de consulta provocada à Casa Civil pelo Ilmo. Sr. Presidente da LOTERJ, Sérgio Ricardo de Almeida, tendo por objeto o questionamento sobre a extensão do termo “ato normativo” constante na Súmula Vinculante nº 2/2007, aprovada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal – STF, nos termos do artigo 103-A, da Constituição da República, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2005, que tem a seguinte redação:

“É inconstitucional a lei estadual ou ato normativo estadual que disponha loterias e jogos de bingo”

Ressalte, por relevante, que o STF firmou esse entendimento baseado nos pronunciamentos exarados em 2004, nos julgamentos das ações diretas de inconstitucionalidade contra leis estaduais e do Distrito Federal que permitiam e disciplinavam bingos e loterias.

No bojo de seu pronunciamento, a douta assessoria jurídica da LOTERJ manifestou o seu entendimento, trazendo à colação ensinamentos no sentido de que o ato normativo a que se refere o enunciado limita-se àqueles que desafiam o controle concentrado de constitucionalidade, ou seja, os que possuem caráter de generalidade e abstração.

Dessa forma, no seu entender, restaria excluído o Decreto nº 25.723/99, que decorreu da regulamentação da Lei nº 1167/87. Isto porque não se pode aferir a inconstitucionalidade via reflexa, vale dizer, de atos que visem, em última análise, minudenciar o mandamento abstrato da lei.

Em ofício incluso neste procedimento, em caráter de urgência, o consultante, com o intuito de subsidiar esta Procuradoria Geral, apresentou dados que confirmam a importância da LOTERJ no cenário nacional. Confira-se, por oportuno, esse trecho esclarecedor do ofício LOTERJ/GP Nº210/07:

O repasse feito por esta Autarquia para as obras e sociais e assistências do Estado do Rio de Janeiro no período de 1995 a 2005 foi de R\$81.690.443,75 (oitenta e um milhões, seiscentos e noventa mil e quatrocentos e quarenta e três reais e setenta e cinco centavos).

Daí o caráter urgente da consulta.

II

1. O papel da súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro

A Constituição Federal previu a edição da Súmula Vinculante na nova redação atribuída ao art. 103, em decorrência da Emenda Constitucional nº 45, que promoveu a Reforma do Poder Judiciário:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. *(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).*

A Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, disciplina a súmula vinculante, prescrevendo, em seu art. 2º:

Art. 2º. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º. O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a

administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

Súmulas vinculantes representam enunciados de conteúdo normativo, cuja eficácia alcança a Administração Pública.

É tarefa complexa promover seu enquadramento nas atividades públicas essenciais (legislativa, administrativa e jurisdicional), nelas não se encaixando perfeitamente. Em uma primeira análise, tratar-se-ia de instituto de natureza legislativa, uma vez que impõe uma ordem por meio de comando genérico e abstrato, alcançando até mesmo outras esferas, alheias àquela que lhe dá origem.

No entanto, é sob a perspectiva da função jurisdicional que deve ser vista, eis que emanadas do STF, na última fase desse processo decisório, não se sobrepondo aos demais. Ademais, a súmula vinculante não passa pelo regular processo legislativo previsto na Constituição, devendo ter estreita ligação com os julgamentos que lhe deram ensejo, dando-se em função das razões de decidir, e não apenas com o enunciado expresso.

Logo, no caso em comento, não basta impedir que a legislação estadual trate de normas e sorteios. É preciso entender como se chegou a essas razões de decidir que levaram à edição da súmula vinculante e o que efetivamente ela deseja ver realizado ou proibido.

2. A polêmica sobre a disciplina jurídica das loterias

O conflito de competências em matéria de jogos e loterias, envolvendo os Estados e Distrito Federal, não é recente. Pretende-se inibir a competência estadual, com fundamento na competência constitucional da União para legislar privativamente sobre “sistemas de consórcio e sorteios” (CF, art. 22, XX), bem como sobre direito penal e contravenções penais (CF, art. 22, I).

Houve grande discussão sobre em que plano das atividades administrativas se situa a disciplina e exploração das loterias, a saber, na polícia administrativa (controle e consentimento do Estado para a exploração de loterias), na gestão de um serviço público (prestado indiretamente por particulares credenciados, contratados ou autorizados), no ordenamento econômico (loteria como atividade econômica) ou no ordenamento social (incentivo ao desporto e atividades assistenciais como fomento social).

A legislação do Estado do Rio de Janeiro trata de tal atividade como “serviço público”, a exemplo do que já o fazia o Decreto-Lei nº 204, de 27/2/1967, que, em seu art. 1º, considerava as loterias como “serviço público”, ainda que exclusivo da União.

Sendo “serviço público”, não se aceitava a exclusividade da União para a autorização da sua prestação no âmbito estadual¹. Isso porque a Constituição Federal não continha qualquer disposição que afastasse a competência residual dos Estados

¹ Pareceres nos 04/93-JETB e 22/93-JAMS.

para disciplinar seus serviços públicos², ainda que “impróprios”³. Trata-se de serviço público instrumental, voltado ao financiamento de atividades de assistência social, enquadrando-se como “serviço público lato sensu”⁴.

Dáí porque jamais se reconheceu à União, no exercício de sua competência normativa, o direito de proibir aos Estados o exercício de tal atividade. Sustentava-se que tanto a União como os Estados poderiam desempenhá-la “livremente”, leia-se, de acordo com as suas respectivas leis, especialmente porque as receitas obtidas com a sua prestação viabilizam as atividades sociais e o fomento do Esporte.

Seria, pois, inconstitucional retirar do Estado uma competência para exercício de atividade definida como lícita e atribuí-la, com exclusividade, à União, sem que a Constituição Federal de 1988 tivesse autorizado tal monopólio.

Em razão disso, os serviços públicos estaduais de loterias vinham sendo prestados de forma descentralizada, por uma entidade da sua Administração Indireta, a LOTERJ, que, por sua vez, valia-se da colaboração de particulares, por meio de atos de autorização⁵ e contratos de terceirização entre credenciados.

Nesse passo houve uma divisão entre os tipos de loterias. Os “bingos” eram prestados por meio de credenciamento⁶ de entidades de administração do desporto, que, de sua parte, podiam se valer de empresas especializadas para tanto, desde que consideradas idôneas pelo Poder Público. As loterias tradicionais eram operadas pela própria Administração Indireta com especialização no campo da exploração de atividades de loterias, qual seja, a LOTERJ, criada pelo Decreto-lei nº 138, de 23/6/1975⁷, de natureza autárquica, que tem por finalidade planejar, coordenar, explorar e controlar o serviço de loterias no Estado (art. 2o), destinando seus lucros líquidos a fins assistenciais voltados para a educação, cultura e esportes (art. 14,

² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legalidade de Lei Autorizativa de Realização de Concurso de Prognósticos*.

³ TÁCITO, Caio. *Loteria Estadual. Limites à Emissão de Bilhetes. Autonomia Estadual*.

⁴ ATALIBA, Geraldo. *Possibilidade Jurídica da Exploração de Loterias pelos Estados Federados*. Apud SUNDFELD, RDP vol. 91, p. 96.

⁵ Na tese “Gestão Alternativa de Serviços Públicos”, aprovada no XXV Encontro Nacional de Procuradores de Estado realizado em Macaé, de 24 a 28 de outubro de 1999, tivemos a oportunidade de sustentar que a forma de autorização não foi vedada pelo fato de não ser mencionada no art. 175, CF; basta ver que o art. 21, CF prevê algumas possibilidades de a União autorizar determinadas atividades definidas como serviços públicos. Isso também não implica em dizer que apenas para a União foi legitimado o uso da autorização – já que nada se explicitou quanto aos Estados e Municípios – afinal, a técnica constitucional de partilha de competências envolve a enumeração dos poderes da União e a genérica atribuição dos assuntos de interesse local aos municípios, ficando o resíduo sob titularidade dos Estados; cabe, pois, às leis orgânicas dos municípios e Constituições Estaduais tratar do tema nas respectivas unidades federadas.

⁶ Por força da Lei nº 2.055/93, art. 9o, a LOTERJ tem a competência para distribuir prêmios relativos ao sorteio de bingo, de conformidade com a legislação em vigor. Sobre o tema, ver, também, o Parecer 02/2002-RMS.

⁷ Antes do Decreto-Lei nº 138/75, o Decreto-Lei nº 50, de 2/4/1975, tratava de manter o Departamento Autônomo da Loteria do Estado do Rio de Janeiro (LOTERJ) e a Loteria do Estado da Guanabara (LOTÉG).

alterado pela Lei no 384, de 4/12/1980). No exercício dessa competência, vinha, ainda, exercendo a autorização e a fiscalização de bingos, na forma prevista na “Lei Zico” – que, corretamente, reconhecia a competência comum da União e dos Estados.

O problema se agravou com a edição da “Lei Pelé”, que previu, apenas, o credenciamento federal da exploração de bingos por particulares, a ser exercido, na forma do Decreto no 2.574, de 29.04.1998, pelo INDESP, autarquia federal criada para personificar a função de fomento ao desporto, sem, contudo, considerar que é dever comum das entidades federadas fomentar o desporto e fixar a destinação dos recursos arrecadados⁸.

A Medida Provisória no 1.962, de 22.10.1999⁹, inviabilizou tanto a competência estadual como a receita a ela inerente, definindo que a taxa de autorização do jogo do bingo seria exclusiva do INDESP.

O histórico é de grande importância, tendo em vista que só agora se atingiu uma padronização do entendimento do Poder Judiciário. Até então, pairavam entendimentos diversos, sustentados pelas maiores autoridades doutrinárias do País, com base em leis e atos que gozavam de presunção de legalidade, legitimidade e veracidade. Tudo isso assume relevância quando se fala no princípio da segurança jurídica.

3. Os precedentes da súmula vinculante

Entendendo inconstitucional qualquer interferência na disciplina, exploração e definição dos proveitos do serviço público de loterias¹⁰, os Estados continuaram a legislar sobre loterias e bingos, entendidas como uma forma de loteria.

Ocorre que tal competência passou a ser sistematicamente questionada no âmbito do Poder Judiciário, especialmente por meio de ações diretas de inconstitucionalidade.

Afinal, restaram vencidos os Estados e o Distrito Federal. A defesa da competência estadual acabou não sendo acolhida em juízo.

Na ADIn 2.847-2-DF, um dos precedentes para a edição da Súmula Vinculante nº 2, se fixou o entendimento de que a competência legislativa para autorizar a prática de loteria seria privativa da União. Em síntese, a União deteria o poder de polícia no tema da exploração de loterias.

Tal competência não decorreria apenas de uma competência da União para legislar sobre direito penal, mas, também, para legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios – CF, art., 22, XX.

8 Conforme já sustentado no Parecer nº 05-A/99-MJVS, exarado na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro.

9 Reeditada sucessivamente até a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 32, que tornou definitiva a Medida Provisória nº 2.169-43/2001.

10 Tese sustentada no Parecer nº 14/99-MJVS, de 03.11.1999, também da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro.

Sobre a definição de “loterias” se extraiu do voto do Exmo. Sr. Ministro Ilmar Galvão, na ADIMC nº 1169/DF, que seria toda atividade de distribuição de bilhetes, listas, cupons, vales, sinais, símbolos ou meios análogos, a depender de sorteio para a obtenção de um prêmio em dinheiro ou bens de outra natureza.

Não se impediu nem a exploração nem a normatização estadual ou distrital; apenas se exigiu uma lei federal anterior da União, sem instituir-lhe um monopólio, o que, de resto, não poderia ocorrer por lei ordinária – e, aliás, nem mesmo por emenda constitucional.

Tal norma, do “poder autorizante”, deve traçar o regime jurídico desse tipo de jogo ou loteria, definindo quem responde pela sua instituição, o modo de operacionalizá-lo, faculdades, direitos, vedações, obrigações, ônus e bônus que assistem aos apostadores ou concorrentes, forma de pagamento do jogo e recebimento de prêmio, ou outra condição para recebê-lo, procedimento recursal e a possibilidade de se explorar a atividade (por forma exclusivamente pública ou privada, ou mistamente pública ou privada), bem como disciplinando o processo de apostar ou competir.

Só após definida uma identidade para cada jogo, sua exploração dar-se-ia por autorização específica.

Ultrapassada esta etapa, a concreta exploração se submeteria à decisão e estruturação administrativa de cada Estado-membro, assim como o direcionamento de receitas para custeio dos seus programas governamentais.

Em outras palavras, definiu-se que só a União pode legislar sobre as modalidades de sorteios e consórcios, mas isso não significa que só ela possa explorá-lo, não tendo sido reservado a ela tal poder, de modo a excluir a participação dos Estados e do Distrito Federal.

As leis apreciadas nos precedentes tratavam de disciplinar diversos tipos de jogos, leia-se, sorteios, pretendendo inovar e retirar da ilegalidade a sua exploração, quando só a União poderia fazê-lo mediante lei disciplinadora dessa passagem do ilícito para a legalidade.

Outra não foi a linha adotada na ADIn nº 2.690-RN, bem como na ADIn nº 2996-SC, que não admitiram que os Estados instituíssem em seus territórios o serviço público de exploração de loterias, aceitando, apenas, as modalidades de bingo em vigor ao tempo da edição da Lei nº 9981/2000, tornando inoperante qualquer lei estadual “à falta de fonte normativa federal que a autorizasse”. Isso significa que fora admitida legislação supletiva estadual. Admitiu, ainda, a referida decisão, a legislação estadual sobre loterias, nos estritos termos do DL nº 204/67, em seus arts. 32 e 33.

A ADIn 3.183-0-MT julgou inconstitucional lei estadual porque estabelecia conceitos, critérios, formas de implementação e arrecadação de valores decorrentes da atividade de bingos, o que se entendeu ser “inovador”, atribuindo direitos e obrigações para os cidadãos do Estado no que se refere à exploração das modalidades lotéricas dos bingos.

Assim, só são inconstitucionais as normas editadas pelos Estados e pelo Distrito Federal à margem da competência originariamente atribuída à União Federal.

4. A continuidade do exercício da competência estadual

Viu-se que não há nem monopólio da União, nem impedimento para que os Estados e o Distrito Federal explorem loterias, devendo, no entanto, fazê-lo sob a disciplina e autorização federais.

Parece ser este o alcance que se pode dar à Sumula Vinculante nº 2, que, em homenagem ao próprio princípio federativo, não pode impedir que os Estados e o Distrito Federal editem normas disciplinando o exercício de suas competências, especialmente porque, por força do princípio da legalidade, igualmente de sede constitucional (CF, art. 37, caput), devem agir com base em lei que autorize suas ações, vincule as autoridades a objetivos e diretrizes definidos em lei; esta, no entanto, deve guardar respeito à legislação federal que defina as bases para a autorização para exploração de jogos, sorteios e loterias, enfim, de atividades cujo proveito esteja sujeito ao acaso.

Não se imagina, pois, que o Estado, legitimado a explorar a atividade, esteja impedido de fixar a destinação dos recursos oriundos de tal exploração, respeitadas as regras de premiação contidas no marco regulatório federal.

O que se quer dizer é que toda forma de loteria explorada pelo Estado, diretamente ou por meio da Administração Indireta, ou, ainda, terceirizado para entidades especializadas contratadas mediante licitação, deve se submeter à disciplina normativa federal e à autorização emanada do órgão ou entidade federal competente.

Se, por um lado, é certo que os jogos que a LOTERJ pretende lançar, com base no contrato firmado com a HEBARA, em especial o constante da documentação de fls.6/19, não exigem qualquer ato normativo, desafiador da Súmula Vinculante nº 2, por outro lado não é menos exato que, à luz dos argumentos desenvolvidos nos acórdãos que a ela deram origem, devem se submeter à disciplina federal, não bastando se dar mera execução ao contrato.

Há, pois, sempre o risco de ser reputada prática de crime a promoção ou exploração de loteria sem a autorização legal, que, como se definiu na Súmula Vinculante, cabe à União.

Pode se sustentar, como apontado acima, que as decisões judiciais devem merecer aplicação apenas a partir da edição da Súmula Vinculante nº 2/2007, não atingindo normas e atos infra legais e contratos anteriores. Sobre o tema, confira-se as lições de LUIS ROBERTO BARROSO¹¹:

Atos normativos secundários. Atos administrativos normativos - como decretos regulamentares, instruções normativas, resoluções, atos declaratórios - não podem validamente inovar na ordem jurídica, estando subordinado a lei. Desse modo, não se estabelece confronto direto entre eles e Constituição.

¹¹ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de Constitucionalidade do direito brasileiro*. São Paulo. Saraiva, 2004, p. 136.

Havendo contrariedade, ocorrerá uma de duas hipóteses: i) ou o ato administrativo esta em desconformidade com a lei que lhe cabia regulamentar; ii) ou é a própria lei que está em desconformidade com a constituição, situação em que ela é que deve sofrer a impugnação.

Na mesma linha – consagrando a impossibilidade do controle da constitucionalidade dos atos normativos secundários –, existem reiterados pronunciamentos do STF. Confira-se, a propósito, esta ementa¹²:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Parágrafo 1º do Artigo 4º da Instrução nº 55, Aprovada pela Resolução nº 20.993, de 26.02.2002, do Tribunal Superior Eleitoral. Art. 6º da Lei nº 9.504/97. Eleições de 2002. Coligação Partidária. Alegação de Ofensa aos Artigos 5º, II E LIV, 16, 17, § 1º, 22, I e 48, Caput, da Constituição Federal. ato Normativo Secundário. Violação Indireta. Impossibilidade do Controle Abstrato de Constitucionalidade. Tendo sido o dispositivo impugnado fruto de resposta à consulta regularmente formulada por parlamentares no objetivo de esclarecer o disciplinamento das coligações tal como previsto pela Lei 9.504/97 em seu art. 6º, o objeto da ação consiste, inegavelmente, em ato de interpretação. Saber se esta interpretação excedeu ou não os limites da norma que visava integrar, exigiria, necessariamente, o seu confronto com esta regra, e a Casa tem rechaçado as tentativas de submeter ao controle concentrado o de legalidade do poder regulamentar. Precedentes: ADI nº 2.243, Rel. Min. Marco Aurélio, ADI nº 1.900, Rel. Min. Moreira Alves, ADI nº 147, Rel. Min. Carlos Madeira. Por outro lado, nenhum dispositivo da Constituição Federal se ocupa diretamente de coligações partidárias ou estabelece o âmbito das circunscrições em que se disputam os pleitos eleitorais, exatamente, os dois pontos que levaram à interpretação pelo TSE. Sendo assim, não há como vislumbrar, ofensa direta a qualquer dos dispositivos constitucionais invocados. Ação direta não conhecida. Decisão por maioria.

Atingir atos anteriores pode violar o princípio da segurança jurídica. Afinal, havia leis, pareceres, textos doutrinários, contratos licitados e atos administrativos que geraram, da parte do seu destinatário, uma expectativa de preservação de sua confiança na validade de tais manifestações de vontade emanadas do Estado.

¹² ADI 2626 / DF - Distrito Federal Ação Direta de Inconstitucionalidade - Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES - Relator(a) p/ Acórdão: Min. ELLEN GRACIE - Julgamento: 18/04/2004 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação: DJ 05-03-2004 PP-00013 EMENT VOL-02142-03 PP-00354

Claro, no entanto, que essa solução jurídica não devolve a fonte de recursos que vinham sendo obtidos pelos Estados com a atividade de autorização de serviço. Afinal, ao credenciar entidades para explorar bingos, tidas como formas de loterias, os Estados arrecadavam significativas quantias que, agora, se submetem à polícia administrativa federal, competente para a imposição das competentes taxas de polícia (CTN, arts. 77 e ss.).

É lógico que, por outro lado, na era da busca da eficiência por meio da consensualidade, a União Federal deverá procurar, por acordos de vontades, viabilizar a fiscalização sobre mercados já conhecidos e acompanhados pela LOTERJ.

III

Isto Posto, entende-se que a lei ou ato normativo estadual sobre loterias envolve a disciplina dos jogos por meio de ato geral e abstrato, o que é repudiado pela Súmula Vinculante nº 2/2007. No entanto, o fundamento da proibição é mais amplo, ou seja, os Estados, embora possam explorar a atividade de loterias e bingos, se submetem às normas e ao poder de polícia da União, não mais podendo praticar atos de consentimento sobre novos jogos, eis que tais atos autorizativos devem caber à entidade da Administração Federal definida como competente para tanto.

É o parecer, s.m.j.

Atenciosamente,

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

VISTO

Aprovo o Parecer nº 35/2007-MJVS, da lavra do ilustre Procurador do Estado Dr. Marcos Juruena Villela Souto. O parecer examinou a consulta da LOTERJ envolvendo a abrangência da Súmula Vinculante nº 2/2007, que considera inconstitucional lei ou ato normativo estadual dispendo sobre loterias e jogos. Conclui que a expressão “lei ou ato normativo estadual sobre loterias” envolve a disciplina dos jogos por meio de ato geral e abstrato, o que é repudiado pela Súmula Vinculante nº 2/2007. Concluiu mais, sustentando que, rejeitada a tese da competência estadual na matéria, o fundamento da proibição é mais amplo, ou seja, os Estados, embora possam explo-

rar a atividade de loterias e bingos, se submetem às normas e ao poder de polícia da União, não mais podendo praticar atos de consentimento sobre novos jogos, eis que tais atos autorizativos deem caber à entidade da Administração Federal definida como competente para tanto.

À Casa Civil.

Rio de Janeiro, 25 de junho de 2007.

Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas
Subprocurador-Geral do Estado