

Legalidade de Lei Autorizativa de Realização de Concurso de Prognósticos.

Parecer n.º 15/87, de Diogo de Figueiredo Moreira Neto

Consulta s/n sobre Projeto de Lei autorizando a LOTERJ — LOTERIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO — a realizar, como modalidade de Loteria Estadual, concurso de prognósticos sobre resultados de sorteios de números promovidos em datas prefixadas e com distribuição de prêmios mediante raios. Inconstitucionalidade de dispositivos do Decreto-Lei n.º 204, de 24 de fevereiro de 1967. Vigência e aplicabilidade da Lei n.º 6.259, de 10 de fevereiro de 1944. Atipicidade penal das loterias públicas relativamente aos artigos 50 e 51 da Lei de Contravenções Penais, Decreto-Lei 3688, de 3 de outubro de 1941.

1. Consulta-nos, o Senhor Secretário de Estado de Governo, sobre aspectos jurídicos relacionados à criação da modalidade de Loteria Estadual referida em epígrafe, como forma de auferir recursos para projetos de interesse social.

2. Com a preocupação de atermo-nos exclusivamente aos aspectos jurídicos do esboço em questão, que anexamos a este ditame, passamos responder ao questionado em 4 partes:

Na 1.ª Parte, trataremos do exame da constitucionalidade do Decreto-Lei n.º 204, de 24 de fevereiro de 1967 — um argumento por essência.

Na 2.ª Parte, cuidaremos da compatibilidade do Projeto de Lei com a legislação ordinária federal vigente, tida como aplicável às loterias estaduais e aceitando, para argumentar, que o seja — um argumento por abundância.

Na 3.ª Parte, referir-nos-emos à atipicidade penal das loterias quando legalmente instituídas pelo Poder Público — um argumento por cautela.

Na 4.ª Parte, mencionaremos as possíveis repercussões da nova Lei, como elemento a ser levado em conta na decisão governamental — um argumento juspolítico.

Passemos, portanto, a essas considerações:

3. 1.ª Parte — Inconstitucionalidade do Decreto-Lei n.º 204, de 24 de fevereiro de 1967.

Por ocasião da entrada em vigor da Constituição de 1969 (Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969), estava vigente, em matéria de loterias, o Decreto-Lei n.º 6.259, de 10 de fevereiro de 1944, que estabelecia um **serviço de loteria** a ser explorado pela União e pelos Estados (**verbis**):

“Art. 4.º — Somente a União e os Estados poderão explorar ou conceder **serviço de loteria** vedada àquela e a estes mais de uma exploração ou concessão lotérica”. (n/grifo).

É verdade que, no seu artigo 3.º, a mesma lei exigia um esdrúxulo “decreto de ratificação” federal no que respeita às loterias estaduais, o que, já, na época, não encontrava respaldo na Constituição vigente, de 1946, sendo considerado, pela doutrina, mera formalidade registrária.

Não obstante essa exigência, sempre foi pacífico que os Estados poderiam explorar suas respectivas loterias, em seus territórios, até o advento do Decreto-Lei n.º 204, de 27 de fevereiro de 1967, que inovou um **monopólio lotérico** em favor da União, abrindo uma tolerância, em caráter excepcional, para manter as loterias estaduais existentes (**verbis**):

“Art. 1.º — A exploração de loterias, como derrogação excepcional das normas de Direito Penal, **constitui serviço público exclusivo da União** não suscetível de concessão e só será permitida nos termos do presente Decreto-Lei” (n/grifo).

“Art. 32 — **Mantida a situação atual**, na forma do presente Decreto-Lei, não mais será permitida a criação de loterias estaduais.” (n/grifo).

e, ainda,

“Art. 33 — No que não colidir com os termos do presente Decreto-Lei, as **loterias estaduais** continuarão regidas pelo Decreto-Lei n.º 6.259, de 10 de fevereiro de 1944.” (n/grifo).

Ora, a Carta de 1967, que entrou em vigor logo no mês seguinte, em 15 de março, **nada veio a dispor sobre serviços de loterias**. Nem os previu nem os vedou, o que vale dizer, **manteve os já existentes**, tanto na União quanto nos Estados. Tampouco o fez a Constituição de 1969.

Parece-nos claro que, no silêncio da Constituição, este serviço público — **serviço de loterias** — poderia ser estabelecido pelos Estados, **no exercício de seu poder remanescente**, estabelecido no art. 13, § 1.º, da Constituição de 1969, absolutamente afinado com nossa tradição republicana e federativa:

“§ 1.º — Aos Estados são conferidos todos os poderes que, explícita ou implicitamente, não lhes sejam vedados por esta Constituição.”

Tratando-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.º 21.143 (artigo 20), e da mesma forma tratado pelos dois diplomas federais em vigor (art. 4.º, do Decreto-Lei n.º 6.259/44, e art. 1.º, do Decreto-Lei n.º 204/67) — e o serviço público tem seu conceito positivo e não doutrinário — inegável, se nos parece, a **competência dos Estados** para instituí-los.

Em conseqüência, a partir do dia 15 de março de 1967, os dois Decretos-Leis que dispunham sobre loterias ficaram revogados no que dizia respeito a loterias estaduais, sem prejuízo de sua vigência no que respeita ao **serviço público federal** de loterias.

Como avisadamente aponta o Ministro OSWALDO TRIGUEIRO, “A Constituição não impede o funcionamento da loteria estadual. Primeiro, porque não atribui esse serviço à União, com exclusividade. Segundo, porque não proíbe, de forma expressa ou simplesmente implícita, a existência das loterias estaduais. Logo, os Estados estão habilitados a instituir esse serviço e explorá-lo como lhes aprouver.” (in RDP, 76, p. 38.)

Mas não apenas por este motivo é inconstitucional o referido Decreto-Lei n.º 204, de 27 de fevereiro de 1967: por ele estabeleceu-se um **monopólio irregular**.

Com a entrada em vigor da Constituição de 1967 e, depois, da de 1969, **restringiu-se a criação de monopólios estatais** a duas hipóteses: segurança nacional ou debilidade de setor incapaz de desenvolver-se com eficácia no regime de economia de mercado (art. 163, da Constituição de 1969).

Como “em nenhum dos dois parâmetros — únicos em que se pode inspirar a lei federal para instituir monopólio — cabe, a toda evidência, incluir-se a emissão de bilhete de loteria para captar recursos especiais ao erário federal” (CAIO TÁCITO, in RDA, art. 61, p. 298), resulta claro que a cláusula que estabelece as loterias como “serviço público exclusivo da União” (art. 1.º do Decreto-Lei n.º 204/67) é inconstitucional.

Finalmente, 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 do princípio isonômico que sustenta a federação, expresso no art. 9.º, I, da Constituição Federal:

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

I — **criar distinções** entre brasileiros ou **preferências em favor de uma dessas pessoas de direito público interno** contra outra;” (n/grifo).

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

4. 2.ª Parte — **Compatibilidade, em tese, do Projeto de Lei com a Legislação Federal Vigente sobre Loterias, que se tem como aplicável às Loterias dos Estados.**

Mesmo admitida a constitucionalidade da legislação federal que estabelece esse “monopólio lotérico” da União, em que se transige com a exploração, em caráter excepcional, por alguns Estados “privilegiados”, no sentido semântico e jurídico, mesmo que se ultrapasse airoosamente os três argumentos essenciais de inconstitucionalidade, ainda assim, podemos, **ad argumentandum tantum**, demonstrar que o Projeto de Lei em apreço **se compatibiliza com a legislação vigente**.

Esta compatibilidade é muito fácil de demonstrar-se com três premissas:

Primo — porque o Decreto-Lei n.º 204/67 manteve o **status quo**, isto é, confirmou a validade das loterias estaduais existentes quando de sua entrada em vigor (art. 32);

Secundo — porque o Decreto-Lei n.º 204/67 estabeleceu, como lei reguladora das loterias estaduais, o seu precedente, o Decreto-Lei n.º 6259/44, salvo em casos de colidência entre ambos.

Tertio — porque a União admitiu, expressamente, na Lei n.º 6.717, de 12 de novembro de 1979, o **curso de prognósticos**, como uma “modalidade” da Loteria Federal regida pelo Decreto-Lei n.º 204/67 (**verbis**):

“Art. 1.º — A Caixa Econômica Federal fica autorizada a realizar, **como modalidade da Loteria Federal** regida pelo Decreto-Lei n.º 204, de 27 de fevereiro de 1967, **curso de prognósticos** sobre o resultado de sorteio de números, promovido em datas prefixadas com distribuição de prêmios mediante sorteio” (n/grifo).

Ora, se isto foi permitido para a Caixa Econômica Federal, com muito maior razão a autorização se estende ao Estado: não se estará executando mais que uma modalidade que a lei federal já reconheceu como espécie do gênero loteria e, portanto, regida pelo Decreto-Lei n.º 204/67. Outro entendimento, **excludente do Estado**, seria admitir-se que o legislador ordinário da Lei n.º 6.717, de 12 de novembro de 1979, estaria criando distinções ou preferências em favor da União em detrimento dos interesses dos Estados, violando o já citado artigo 9.º, I, da Constituição Federal.

Como não se pode decidir pela inconstitucionalidade de uma lei enquanto existir uma exegese razoável que afaste a mais radical, podemos concluir, comodamente, que o esboço do Projeto de Lei que institui modalidade lotérica paralela àquela que a União pratica, está regida pelo Decreto-Lei n.º 204/67 e, portanto, está por ela coberta.

Em outros termos: não necessitaria, o Estado, recorrer ao Indigntamento da inconstitucionalidade do Decreto-Lei n.º 204/67 para sustentar a legalidade da instituição da nova modalidade lotérica.

5. 3.ª Parte. — Atipicidade Penal das Loterias legalmente instituídas pelo Poder Público.

Estabelecida, a loteria, como um serviço público — e o é porque assim o diz a lei — não há como alegar-se a ocorrência de um ilícito penal, previsto no art. 50, § 3.º, da Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei n.º 3.688, de 3 de outubro de 1941). E isto, porque sua simples caracterização legal como serviço público é, **per se**, suficiente para retirá-la da categoria penalmente tipificada: nenhuma atividade pode ser, ao mesmo tempo, uma contravenção e um serviço público.

E não se argumente que a União, competente para incriminar ou discriminar uma conduta, pode fazê-lo “parcialmente”, isto é: não será crime ou contravenção apenas quando se tratar de um serviço público federal... Se for estadual, teremos um “serviço público criminoso”!

Some-se a este argumento, de grande transparência, uma vez que o Estado, por qualquer de seus entes de Direito Público, **não comete crimes nem contravenções**, a circunstância, ainda mais nítida, de ter sido a criminalidade **expressamente** excluída, no artigo 51 da Lei de Contravenções Penais, no caso da exploração de loterias resultar de “autorização legal” **verbis**: “promover ou fazer extrair loteria **sem** autorização legal” — interpretado a **contrário sensu** (c/nosso grifo).

A lei penal se dirige a **indivíduos**; no caso, aos particulares que explorem loterias **sem autorização legal**: esta é a contravenção apenada.

Outra coisa ocorre quando União e Estados-membros, no exercício de suas respectivas competências constitucionais, **autorizam por lei (Art. 51)** a extração de loterias na qualidade de prestação de serviço público. Neste caso, não há sequer como falar-se em “derrogação excepcional” de norma contravençional, como impropriamente se lê no artigo 1.º, do Decreto-Lei n.º 204/67, mas de um “descrímine”. A figura “exploração de loteria” deixa de ser contravenção — **ratione personae et ratione finis** — passando a ser, tão-somente, singelamente, um serviço público federal ou estadual.

É o que se deve entender pela cláusula “autorização legal”.

6. 4.ª Parte — Repercussões Juspolíticas.

Em nosso País, talvez mais que em outros, em que tive ocasião de viver e trabalhar nos meus quase trinta e cinco anos de serviço público, tem-se por hábito cultivar a inércia acomodada.

Com o tema de loteria parece dar-se o mesmo fenômeno: enquanto o Estado da Guanabara e, posteriormente, o Estado do Rio de Janeiro se satisfizeram com o “privilégio” que lhes “concedia” a União, ninguém se preocupou com a natureza jurídica da loteria e, em especial, com seu assento constitucional.

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.

A apresentação e aprovação desse Projeto de Lei trará como conseqüência a reação da Caixa Econômica Federal, de maneira semelhante como agiu com relação à Lei n.º 5.256, de 24 de julho de 1986, do Estado de São Paulo, que restabeleceu a Loteria Estadual daquela unidade da Federação: uma solicitação ao Procurador-Geral da República para que represente ao Supremo Tribunal Federal contra a constitucionalidade daquela lei (art. 119, I, 1 da Constituição Federal).

A Caixa Econômica Federal, como ela própria declina no seu petítório endereçado ao Procurador-Geral da República, sente-se ameaçada na sua exclusividade decorrente do Decreto-Lei n.º 759, de 12 de agosto de 1969, para a exploração das espécies lotéricas.

Seu direito, todavia, como deflui do exposto neste Parecer, diz respeito, e tão-somente, a essas loterias federais, pois a União não poderia autorizar-lhe mais do que lhe cabe na partilha constitucional de competências.

A reação, possivelmente, será precedida da pressão política da Alta Administração Federal antes de, não encontrando mais a "inércia acomodada", enveredar pela via da ação direta de declaração de inconstitucionalidade.

Isto, de **lege lata. De lege ferenda**, o problema estaria em escorar juridicamente a competência dos Estados para explorar suas loterias no texto da próxima Constituição.

Ao que nos foi dado saber, até o momento, é grande o apoio à tese do reforço das finanças dos Estados e Municípios, que se tem revelado muito nitidamente nos trabalhos concernentes à partilha tributária. Seria, **data venia**, o caso de explorar-se esta tendência no sentido de **explicitar-se**, na própria Carta, essa competência dos Estados, ainda que se tenha que pensar num repasse percentual aos Municípios, para interessar os votos dos constituintes municipalistas, que os há em bom número.

Nessas circunstâncias, embora estejamos convencidos dos jurídicos fundamentos deste Parecer, atrevemos-nos a recomendar a V. Exa., Sr. Procurador-Geral, a prudência política, de que nos falava ARISTÓTOLES, não para distinguir em termos de lógica, mas de senso comum; sopesando os prós e os contras, que espero ter deixado evidenciados, mas com vistas ao que CÍCERO em seu imortal **De Legibus**, chamou de **salus populi**, a suprema lei dos bons governantes.

Este é o meu parecer,
salvo melhor juízo.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto
Procurador do Estado

VISTO

À Secretaria de Estado de Governo, encaminhando o lúcido parecer constante do ofício em epígrafe; com qual estou de acordo, em virtude do que segue junto minuta de Mensagem e projeto-de-lei criando, no âmbito do Estado, Loterias de Prognósticos (LOTO-RJ).

Em 17 de junho de 1987

Hélio Saboya
Procurador-Geral do Estado

Mensagem n.º 23, de 18 de junho de 1987

Excelentíssimos Senhores Presidente e demais membros da ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

Tenho a honra de submeter a Vossas Excelências o incluso projeto de lei que institui, no âmbito do Estado, o "CONCURSO DE PROG-NÓSTICOS SOBRE RESULTADO DE SORTEIO DE NÚMEROS" (LOTO-RJ).

Fundamentam a proposição razões de ordem econômico financeira e jurídicas.

Como é do conhecimento de Vossas Excelências, as unidades da Federação se encontram em notórias dificuldades, demandando criatividade na busca de novas fontes de recursos.

O caminho mais fácil para superar esta alternativa, é sempre a elevação da carga tributária. Não é esta, porém, a política que o Governo se propôs em seu programa. Assim é que, como opção, acompanhando o paradigma federal, propõe-se a criação, no Estado do Rio de Janeiro, de uma modalidade de loteria — o "Concurso de Prognósticos" na forma do estabelecido na Lei n.º 6.717, de 12 de novembro de 1979.

A criação no âmbito estadual da Loteria de Prognósticos segue, assim, sob o ponto de vista de sua estrita juridicidade, o paradigma federal uma vez que, aprovado o Projeto, o Estado estará executando apenas mais uma **modalidade** que a lei federal já reconheceu como espécie do gênero **loteria** e, portanto, regida pelo Decreto-Lei n.º 204/67. Outro entendimento, excludente do Estado, seria admitir-se que o legislador originário, de Lei n.º 6.717, de 12.11.79, estaria criando uma **distinção inconstitucional** entre a União e o Estado, ao arremisso do artigo 9.º, I, da Constituição Federal.

Confio em que a sensibilidade Vossas Excelências, aliada ao elevado espírito público que vêm demonstrando no curso da presente legislatura, farão com que o projeto receba o apoio que espero.

Recebam as expressões de apreço e consideração.

W. Moreira Franco
Governador do Estado do Rio de Janeiro