



FICHAMENTO E RESENHA

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.847. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgamento em 05 de agosto de 2004, publicado em 26 de novembro de 2004. Disponível em: [ADI 2847 \(stf.jus.br\)](http://adi2847.stf.jus.br)

SUMÁRIO

I. SÍNTESE DO CASO	1
II. QUESTIONAMENTOS E DEFESAS JURÍDICAS	2
Procurador-Geral	2
Presidente da Câmara Legislativa do Distrito Federal	2
Governadora do Distrito Federal em exercício	2
Advogado-Geral da União	2
Procurador-Geral da República	3
III. ACÓRDÃO	3
IV. VOTOS E FUNDAMENTOS	3
Ministro Carlos Velloso	3
Ministro Carlos Ayres Britto (voto-vista)	4
Ministro Marco Aurélio (voto-vista)	5
Ministro Eros Grau	7
Ministro Cezar Peluso	7
Ministro Gilmar Mendes	8
Ministra Ellen Gracie	8
Ministro Celso de Mello	8
Ministro Sepúlveda Pertence	9
VI. COMO AFETA AS LOTERIAS ESTADUAIS?	10
VII. LEGISLAÇÕES CITADAS	11
VIII. JURISPRUDÊNCIA CITADA	13

I. SÍNTESE DO CASO

O Procurador-Geral da República propôs ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, VI, CF), com pedido de suspensão cautelar das Leis Distritais:

- a) 1.176, de 29 de julho de 1996, que “institui e regulamenta a Loteria Social do Distrito Federal”;
- b) 2.793, de 16 de outubro de 2001, que altera dispositivos da Lei 1.176/96;
- c) 3.130, de 16 de janeiro de 2003, que altera dispositivos da Lei nº 1.176/96, alterada pela Lei nº 2.793/01;
- d) 232, de 14 de janeiro de 1992, que “autoriza o Governo do Distrito Federal a instituir a Loteria Social e dá outras providências”.

II. QUESTIONAMENTOS E DEFESAS JURÍDICAS

a. Procurador-Geral

1. Violação ao inciso XX do art. 22, da Constituição Federal, pois a competência legislativa para dispor sobre sistemas de consórcios e sorteios, o que inclui loterias e bingos, é privativa da União;

2. Violação ao inciso I do art. 22, da Constituição Federal, baseado no art. 1º do Decreto-lei 204/67, que afirma “a exploração de loteria federal dar-se-á como derrogação excepcional das normas de Direito Penal, constituindo serviço público exclusivo da União não suscetível de concessão, sendo permitida apenas nos termos do mencionado Decreto-lei”.

3. Entende pela inconstitucionalidade das normas e requer a concessão de medida cautelar para suspender referidas leis até o julgamento final da ação.

b. Presidente da Câmara Legislativa do Distrito Federal

- 1. Necessidade de análise do diploma infraconstitucional (D.L. 204/67), que inviabiliza o controle concentrado de constitucionalidade;
- 2. Constitucionalidade das normas impugnadas, pois a legislação distrital atende ao disposto no art. 195, III, da CF, que autoriza a instituição de concursos de prognósticos pelas loterias estaduais para assegurar o financiamento da seguridade social.

c. Governadora do Distrito Federal em exercício

1. inércia da inicial, em razão de impugnação genérica e abstrata das normas questionadas e na ausência de pedido principal de declaração de inconstitucionalidade, que seriam requisitos essenciais ao conhecimento da ação.
2. constitucionalidade das normas impugnadas.

d. Advogado-Geral da União

1. inconstitucionalidade das normas, pois, segundo ele, a observância da jurisprudência da Corte induz ao entendimento de que “a legislação distrital instituidora e regulamentadora de loteria não se coaduna com a diretriz estabelecida sobre essa matéria na Constituição da República”.

III. ACÓRDÃO

Julgam procedente a ADI, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, declarando a inconstitucionalidade das Leis nºs 232, de 14 de janeiro de 1992; 1.176, de 29 de julho de 1996; 2.793, de 16 de outubro de 2001, e 3.130, de 16 de janeiro de 2003, todas do Distrito Federal. O voto base foi o do relator, Carlos Velloso, sintetizado abaixo.

IV. VOTOS E FUNDAMENTOS

a. Ministro Carlos Velloso

1. A exploração de loterias advém de derrogação excepcional de normas de Direito Penal, conforme o Decreto-Lei nº 204/1967. Por esse motivo, a competência legislativa sobre o tema é da União, na forma como dispõe o art. 22, I, da Constituição Federal. (p.9) Assim, a Câmara Legislativa e o Governador do Distrito Federal teriam invadido a competência privativa da União para legislar sobre matéria afeta ao direito penal. Reporta-se ao seu voto proferido na ADI 1.169-MC:

“(…) A competência legislativa, entre nós, para autorizar a prática de loteria, como tal considerada 'toda ocupação que, mediante a distribuição de bilhete, listas, cupons, vales, sinais, símbolos ou meios análogos, faz

depende de sorteio a obtenção de prêmio em dinheiro ou bens de outra natureza' (art. 51, § 2º, do DL 3.688/41), sem sombra de dúvida, é da União, ente a que a Constituição Federal conferiu privativamente a iniciativa legislativa sobre direito penal (art. 22, I, da CF/88), da qual se infere, por via de consequência, a competência de descriminalização das loterias, por meio da autorização prevista no referido decreto-lei (art. 51, § 3º)." (p. 7 e 8)

2. As loterias estão abrangidas pela terminologia sorteios, portanto, conforme art. 22, XX, da CF, a competência para legislar a respeito é da União.
Faz menção a seu voto proferido na ADI 1.169-MC/DF, Relator Ministro Ilmar Galvão sobre este ponto:

"(...) De outro lado, a lei, no § 1º do art. 57, ao dizer que 'o órgão competente de cada Estado e do Distrito Federal normatizará e fiscalizará a realização dos eventos de que trata este artigo', faz tábula rasa do disposto no art. 22, inciso XX, da Constituição, ao estabelecer que compete privativamente à União legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios. Na verdade, a Lei 8672, de 1993, institui jogatina desenfreada nas grandes cidades dos Estados e quer fazer destes o regulamentador e disciplinador dessa desenfreada jogatina, que não presta obséquio à sociedade brasileira e serve apenas para enriquecer grupos de pessoas". (p.8)

3. Procedente a ação para declaração da inconstitucionalidade das Leis 3.176, de 27.7.96, 2.793, de 16.10.2001, 3.130, de 16.01.2003, e 232, de 14.01.92, todas do Distrito Federal.

b. Ministro Carlos Ayres Britto (voto-vista)

1. Acompanhou o Relator em parte, por não concordar com o fundamento de que as leis distritais usurparam a competência da União em matéria penal.
2. Quanto à violação ao art. 22, I, da CF, o Ministro Ayres Britto afirma não enxergar matéria penal em nenhum dispositivo das leis adversadas. Segundo ele, os diplomas legais "não imprimem a tarja da delitividade sobre nenhuma conduta, assim como não dispõe a respeito de qualquer tipo de reprimenda".
A razão de existir das referidas normas está na autorização ao Poder Executivo distrital para instituir e gerenciar determinadas loterias, com objetivo de arrecadar dinheiro para financiamento de políticas públicas do Distrito Federal e de acenar com recompensa monetária os eventuais apostadores dos sorteios, configurando um

modal deôntico que, doutrinariamente assenta o nome de “sanção premial” - uma sanção de espécie positiva, segundo Norberto Bobbio.

Entende, ainda, que, fora das hipóteses em que a Constituição Federal criminaliza certo comportamento, a simples outorga de competência à União para legislar sobre Direito Penal opera como cláusula aberta. Assim, somente depois que a União faz uso da referida aptidão é que se tem uma específica regra de penal. Desta forma, sendo o confronto contra norma subconstitucional (art. 50, da Lei de Contravenções Penais), não cabe uma ADI.

3. Segue o entendimento do Relator pela inconstitucionalidade das quatro leis distritais impugnadas.

O Ministro entende que as normas questionadas “emitem comandos genéricos, impessoais e abstratos, com o quê assumem a postura de leis em sentido material. 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” que, segundo ele, recebem o nome de “sorteio”. Portanto, as normas teriam invadido o espaço legiferante da União.

Entende que a norma constitucional apontou “consórcios” e “sorteios” como institutos diferentes, sendo “sorteios”, “um gênero de toda e qualquer competição para obtenção de prêmio, seja em dinheiro, seja em bens de outra natureza, com desembolso de recursos por parte do competidor ou, então, pela sua adesão a regras de propaganda comercial, contanto que o resultado pró ou contra dependa do acaso”.

Quanto ao parágrafo único do art. 22, da CF, não existe a autorização por via de lei complementar para que os Estados legislem sobre a questão. Ainda, para que o DF ou os Estados-membros possam legislar sobre aspectos específicos de um dado sorteio, seria preciso uma lei federal complementar que traçasse o regime jurídico central desse tipo de jogo ou loteria.

4. Afirma que, se é correto afirmar que apenas a União pode originalmente legislar sobre espécies de sorteio, não seria verdadeiro, contudo, afirmar que somente ela pode explorá-lo.

Entende que após instituído ou autorizado um determinado jogo pela União, quaisquer dos Estados-membros ou o Distrito Federal podem competir com o Governo Central pela preferência dos apostadores. Desde que utilize as mesmas normas federais de regência do tema, com adaptações ditadas pelas naturais diferenças de organização administrativa de cada uma dessas pessoas federadas (sem inovações de conteúdo). Ainda, sob aprovação do Poder Legislativo regional, obedecendo o art. 37, caput, da CF.

A instauração e a gerência de sorteios não fazem parte das competências materiais que a CF adjudicou à União. Entende que os sorteios são atividades econômicas, setor franqueado à iniciativa privada, por força do art. 170, parágrafo único.

A União não foi autorizada a reservar para si a exclusividade da exploração de sorteios, de modo a excluir a co-participação dos Estados e do Distrito Federal. Se a União não está habilitada a monopolizar o setor de sorteios, está proibida de impedir que essas duas tipologias de pessoa governamental façam uso da competência residual que se extrai no art. 25, da CF. Esta interpretação também cabe sobre o art. 195, III, pois nem mesmo ali a CF afirma que a União irá explorar sozinha os “concursos de prognósticos”.

Ainda menciona o art. 173, caput, que permite que todas as unidades federadas explorem atividade econômica em caso de relevante interesse coletivo.

5. A inconstitucionalidade que recai sobre as quatro leis do Distrito Federal é reconhecida “pelo fato de que essa decisão legislativo-distrital foi tomada originariamente, à margem de qualquer lei da União, seja de *caris ordinario*, seja de feição complementar”, assim, descolada do regime jurídico já vigente no âmbito da União.

c. Ministro Marco Aurélio (voto-vista)

1. Exclui a possibilidade de conflito das normas atacadas com o art. 22, inciso I, da CF, pois elas não abrangem Direito Penal, não se editou legislação a revogar a Lei de Contravenções Penais e a circunstância de determinado Estado-membro disciplinar dada matéria não implica afirmar que tenha legislado em matéria penal. O que está a se examinar é a competência para legislar sobre loterias, visando ao seu funcionamento, presente no art. 22, inciso XX, da CF. Estaria se falando em Direito Penal caso qualquer das leis mencionadas nesta ADI dispusesse sobre contravenção penal, excluindo-a do cenário jurídico.
2. A atividade de exploração de loterias é considerada como serviço público por definição legislativa desde o Decreto nº 21.143/32 e os sucessivos Decretos-Leis sucessivos nºs 2.980/41, 6.259/44 e 204/67. Entende, ainda, que o art. 1º, do Decreto-Lei 204/67 teria criado o monopólio da União para exploração de loterias. Tal norma aponta um conflito com o princípio da autonomia estadual, uma vez que aos Estados são conferidos todos os poderes que explícita ou implicitamente não lhe sejam vedados (art. 25, §1º, da CF) e a Constituição Federal de 1988 não impede o funcionamento da loteria estadual e nem atribui esse serviço à União, exclusivamente. Cabe aos Estados-membros a administração dos próprios serviços e a competência de criá-los conforme a opção política. Se a União pudesse, via lei ordinária, tornar exclusivo um serviço público que a CF não proíbe os Estados de

realizar, a autonomia destes estaria no seu fim, pois, via lei comum, poderia estabelecer exclusividade da União em serviços públicos, hoje, concorrentes ou de exclusividade estadual. Somente à Constituição Federal cabe restringir a autonomia dos Estados membros. Ademais, a Carta atual mostra-se taxativa quanto aos setores ou atividades em que se tem monopólio estatal deferido exclusivamente à União.

3. As loterias submetem-se ao sistema de sorteios, todavia, entende que os vocábulos “consórcio” e “sorteio” previstos no art. 22, XX, da CF jamais englobaram o serviço lotérico. Segundo ele, a CF não prevê a competência da União para legislar sobre loterias e o texto do inciso XX trata dos sorteios que se façam ligados a atividade financeira assemelhada a consórcios.

Ainda, a CF, quando se refere à modalidade de loterias, utiliza a expressão “curso de prognósticos” (art. 195, III, da CF), mesmo termo utilizado na Lei nº 6.717, de 12 de novembro de 1979, no que autorizou a Caixa Econômica a realizar, como modalidade da Loteria Federal regida pelo Decreto-Lei 204/67.

Afirma que, diante de possíveis desvirtuamentos de objetivo verificados nos bingos, uma espécie de loteria, que também depende de sorteio para obter-se o prêmio, confundiu-se os conceitos, colocando em risco todo o sistema de loterias estaduais, ao emprestar o art. 22, XX, da CF alcance incompatível com o fato de viver-se em uma Federação, que pressupõe, necessariamente, reserva e manutenção, aos entes federados, da disciplina normativa dos serviços públicos que resolvam prestar. Entende que o remédio para desvios de conduta porventura existentes nos bingos não deve ser assim, tratando-se de um retrocesso constitucional.

4. Assim, julga improcedente a ADI por entender que o art. 22, XX, da CF não trata da competência exclusiva da União para legislar sobre loterias, pois isto acabaria por colocar as diversas loterias estaduais na clandestinidade, ressaltando que não estaria, aqui, tratando apenas da espécie “bingo”, mas de todo o gênero loteria.

d. Ministro Eros Grau

1. A exploração de loterias constitui ilícito penal. Porém, existe uma isenção para tal atividade, diante de autorização dada na forma da lei especial, que produz efeito de licitude. Assim, “a exploração de loteria será lícita se expressamente autorizada a sua exploração por norma jurídica específica”. Essa norma jurídica, entende o Ministro, “é norma penal, porque consubstancia uma isenção à regra que define ilicitude”. Então, se a Constituição atribui competência para legislar sobre matéria penal, apenas a União poderá dispor sobre a regra de isenção e operar a migração da atividade ilícita para se tornar lícita. Portanto, concorda com o Relator na violação ao art. 22, I, da CF.

2. Quanto à loteria ser serviço público ou “atividade econômica em sentido estrito”, o Decreto 204 tornou a exploração de loterias lícita, consubstanciando serviço público. E de modo diverso, a Lei Pelé e a Lei Zico a trouxeram para o campo da “atividade econômica em sentido estrito”. Entende que a loteria é uma modalidade especial de serviço público à medida que propiciará recursos que permitirão o atendimento de determinadas necessidades sociais. E se ela é um serviço público, então não se pode falar em monopólio, porque este é de “atividade econômica em sentido estrito”. Trata-se de privilégio.
3. Diante do exposto, entende inconstitucionais as leis distritais de que se trata.

e. Ministro Cezar Peluso

1. Acompanha o Relator.
2. Entende que consórcios e sorteios são coisas distintas e que, no presente caso, cabe analisar a *ratio iuris* da norma constitucional. Segundo ele, em ambos os casos se trata de atividade, em princípio, ilegal, sendo que a racionalidade pré-normativa que levou o Estado a definir como ilícitas as atividades é a própria justificação da norma constitucional, em razão de todos os perigos de danos, abusos de caráter econômico, psicológico, perturbação da ordem pública, da ordem financeira, que levaram à declaração de ilicitude do seu exercício sem regulamentação.
3. Loterias são serviço público e o exercício da atividade não constitui monopólio, contudo a sua regulamentação, sim, seria monopólio da União. Destarte, desde que as atividades de sorteio e consórcio sejam regulamentadas, os entes federativos podem exercê-las sob o governo de norma da União.
Afirma que pareceria absurdo a União reservar-se na competência para decidir sobre lógica formal. Na verdade, ela apenas regulamenta um método específico de decisão. Este é o objeto da competência exclusiva.
4. Quanto ao aspecto penal, lhe parece que a lei distrital não tende a operar uma isenção, mas a operar uma fraude. Ela parte do pressuposto de que se cuidaria de atividades lícitas, ou seja, que existiria norma que isentasse de ilicitude penal referidas atividades, onde poderiam ser regulamentadas.

f. Ministro Gilmar Mendes

1. Afirmar ter ficado impressionado com a construção trazida pelo Min. Marco Aurélio e a proposta de uma redução teleológica em relação ao disposto no art. 22, XX, da CF. Contudo, tal redução teleológica acaba por esvaziar por completo essa competência privativa da União.

A leitura do referido artigo e inciso, segundo ele, não deixam dúvida de que o constituinte pretendeu deferir exclusivamente à União a regulação sobre o tema que tem implicações sérias no contexto social.

2. Afirmar que o texto constitucional teria pretendido limitar a competência da União exclusivamente para dispor sobre consórcio é algo sensível, especialmente ao se considerar que, tal entendimento, acaba por esvaziar a competência dos Estados sobre a matéria. E a negativa de referido entendimento acrescenta o embaraço de reduzir significativamente a competência da União, ensejando, muito provavelmente, sucessivos conflitos legislativos sobre o tema.
3. Assim, por entender estar explícito o texto constitucional e tendo em vista os problemas que poderiam acarretar a redução teleológica, o Ministro acompanha o Relator.

g. Ministra Ellen Gracie

1. Declara a inconstitucionalidade das leis distritais, afirmando não restar dúvida de que, ao normatizar sobre seis modalidades diversas de sorteio, a legislação agrediu o art. 22, inciso XX, da CF.
2. Acompanha o Relator no argumento da violação ao art. 22, I, da CF por entender que, como é a União quem detém o monopólio de matéria penal, também é ela quem pode eventualmente derrogar excepcionalmente tais normas.

h. Ministro Celso de Mello

1. Considera competência privativa da União para legislar sobre serviços lotéricos, jogos, apostas, bingos e sorteios (CF, art. 22, XX) e ressalta a evidência histórica de que essa competência tem sido sempre exercida pelas instâncias centrais do Poder, portanto, não cabendo reconhecer a competência aos Estados-membros ou ao Distrito Federal para legislar em tema de quaisquer modalidades de jogos ou das atividades por mim referidas.
2. Acompanha o Relator, declarando a inconstitucionalidade das normas distritais.

i. Ministro Sepúlveda Pertence

1. Afirma ter uma visão que coincide com o voto do Min. Carlos Britto, no sentido de que rejeita o entendimento de que as leis distritais questionadas usurparam a competência legislativa federal sobre matéria penal. Afirma não se tratar de leis incriminadoras.

Entende que são leis penais as leis que estabelecem causas de exclusão da antijuridicidade ou de isenção de pena. Contudo, para extrair disso a inconstitucionalidade da lei local teria que se comparar a legislação penal federal com a lei distrital e busca de afirmar se esta excetua, ou não, onde a lei federal não excetua. Em caso positivo, entende ser vício de ilegalidade, não de inconstitucionalidade, conforme jurisprudência do Tribunal, não sendo objeto idôneo à decisão em ADI.

Observando o art. 51, da Lei de Contravenções Penais, o que se incrimina é um claro exemplo de tipo penal em branco. Assim, o problema se reduz ao segundo fundamento da ação direta, que é a competência, ou não, dos Estados para, cumulativamente com a União, estabelecer em seus territórios o que se chamou de serviço público de exploração de loterias. Portanto, a questão em discussão é efetivamente de competência na estrutura federal para disciplinar o tema de sistema de loterias - e não o crime, visto que este é, indiscutivelmente, da União.

2. Afirma que se determinada matéria é competência do Estado, seja a título de serviço público ou a título de atividade econômica, a União jamais poderia agredir tal competência, tornando criminosa a atividade estadual legítima conforme a CF. Portanto, a questão a ser discutida é o inciso XX, do art. 22. Por seu entendimento, o que se incumbiu à União legislar com privatividade foi sobre o “sistema de sorteios”, o que envolve a regulação substancial das modalidades de sorteio, dos direitos, deveres e responsabilidades daí decorrentes, campo no qual ingresso a lei distrital. Por isso, será a partir da legislação federal sobre o sistema de sorteios que nascerá,

ou não, o poder dos estados e municípios e até de particulares, de explorarem as modalidades de sorteio ou de operação lotérica em sentido amplo.

V. PERCEPÇÃO E ANÁLISE DO CASO

Este é um caso precedente para os julgamentos de leis estaduais ou distritais que dispõem sobre loterias, antes da mudança de entendimento ocorrida na ADPF 492.

O Relator, Min Carlos Velloso, aponta duas motivações para a decisão de inconstitucionalidade das normas, a primeira por violar o art. 22, I, da CF/1988 e a segunda por violar o inciso XX do mesmo artigo. Em seu voto, traz uma motivação curta, contudo, o que torna este acórdão importante para o julgamento dos casos posteriores foi o aprofundamento da questão nos votos dos outros ministros, que seguiram o Relator, mas acabaram por aprofundar as reflexões e entendimentos acerca da violação do inciso I e do inciso XX, do art. 22, da CF/1988 e, portanto, da inconstitucionalidade das normas estaduais e distritais que tratavam sobre loterias.

Além disso, é nesta ação que o Ministro Marco Aurélio cria o seu voto divergente sobre o tema, cujo entendimento se mantém firme até após o julgamento da ADPF 492, como se vê na ADI 3050, julgada no ano de 2020.

Dentro do cenário de inconstitucionalidade das normas, não são todos os ministros que concordam com a violação ao art. 22, I¹, ou seja, que as legislações estariam tratando de matéria penal, mas, houve a concordância no entendimento de caberia à União regular o sistema de sorteios (e, portanto, das loterias, a partir de uma interpretação ampliativa do termo “sorteios”), de modo que os Estados-membros não poderiam normatizar referida atividade.

Consolidou-se o entendimento de que loterias são abrangidas pela terminologia “sorteios”, bem como os bingos e demais espécies de jogos de azar. Além disso, entendeu-se que no art. 22, XX, da CF, consórcios e sorteios são institutos diferentes. Portanto, qualquer que seja a modalidade de jogos cujos resultados se mostrem aleatórios, porque dependentes do acaso, apenas a União tem competência legislativa para regular.

Segundo o Min Ayres Britto, as normas proferidas pelo Distrito Federal emitiram comandos genéricos, impessoais e abstratos, assumindo postura de leis em sentido material, o que seria aptidão direcionada à União pelo art. 22, XX da Constituição de 1988. Assim, teriam invadido o espaço legiferante da União e ressalta que, quanto ao parágrafo único do art. 22, da CF/1988, não existiria autorização por via de lei complementar para que os Estados legislassem sobre a matéria. Isto é, para que os Estados-membros pudessem legislar sobre aspectos específicos de um dado

¹ Os ministros que concordam com o entendimento de violação ao art. 22, inciso I, da Constituição Federal são: Carlos Velloso, Eros Grau e Ellen Gracie.

Já os ministros que não entenderam pela violação do referido artigo são: Carlos Ayres Britto, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence.

Os Mins. Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Celso de Mello não mencionam o art. 22, inciso I, da CF/88 em seus votos.

sorteio, seria preciso uma lei federal complementar que traçasse o regime jurídico central desse tipo de jogo ou loteria.

Um ponto importante do voto do Min. Ayres Britto é que ele salienta que não seria verdadeiro que apenas a União poderia explorar tal serviço. Apenas entende que deveria haver instrução e autorização de um determinado jogo pela União para que os Estados-membros ou o Distrito Federal pudessem competir com o Governo Federal na preferência pelos apostadores. Desde que fossem seguidas as normas federais de regência, com adaptações pelas naturais diferenças de organização administrativa, sem inovações de conteúdo e sob aprovação do Legislativo regional, poderia ser realizada a exploração da atividade pelos Estados-membros.

Ressalta que a União não foi autorizada a reservar para si exclusividade da exploração de sorteios, assim, não podendo excluir os estados e distrito federal da execução dos serviços lotéricos.

Nota-se, portanto, uma semelhança no Voto do Min. Ayres Britto com o voto do Min. Marco Aurélio na presente ação, bem como com o voto do Min. Gilmar Mendes na ADPF 492. Então a pergunta que resta é por que o Min. Ayres Britto votou pela inconstitucionalidade, enquanto que os outros dois votaram pela constitucionalidade das normas?

O Min. Ayres Britto afirma que a inconstitucionalidade que recai sobre as quatro leis do Distrito Federal foi reconhecida “pelo fato de que essa decisão legislativo-distrital foi tomada originariamente, à margem de qualquer lei da União, seja de *caris ordinario*, seja de feição complementar”, assim, estaria descolada do regime jurídico já vigente no âmbito da União.

Enquanto isso, o Ministro Gilmar Mendes, na ADPF 492, afirma que toda a legislação federal sobre as loterias federais já seriam a regulamentação a ser utilizada como base para a criação das loterias estaduais (e até municipais, segundo ele).

Ainda na ADI 2847, existe um entendimento de que não há monopólio da União para a execução da atividade lotérica, como se pode observar no voto do Min. Cezar Peluso, Eros Grau, Ayres Britto.

Na presente ADI 2847, o Min. Gilmar Mendes votou seguindo o Relator, portanto, concordando com a inconstitucionalidade das normas distritais, mas apontou ter ficado impressionado com a construção trazida pelo Min. Marco Aurélio e a redução teleológica em relação ao disposto no art. 22, XX, da CF, mas entendia que tal concepção acabaria por esvaziar por completo a competência privativa da União prevista no referido artigo. Segundo ele, na previsão do artigo 22, inciso XX, o constituinte pretendeu deferir exclusivamente à União a regulação sobre o tema, que teria implicações sérias no contexto social e a adoção de uma interpretação restritiva retiraria o significado da decisão do constituinte.

Nesta afirmativa, o Ministro Gilmar Mendes estaria se referindo ao entendimento proposto pelo Min. Marco Aurélio de que o termo “sorteio” presente no inciso XX, do art. 22 estaria apenas relacionado ao tema de consórcios. Como afirma a diante:

Teria o texto pretendido limitar a competência da União exclusivamente para dispor sobre consórcio? É uma questão sensível, especialmente se se considera que a resposta afirmativa, como já disse, acaba por esvaziar a competência dos Estados sobre a matéria. A resposta negativa, porém, acrescenta o embaraço de

reduzir significativamente a competência da União, ensejando, muito provavelmente, sucessivos conflitos legislativos sobre o tema.

Assim, diante da explicitude do texto constitucional e tendo em vista os problemas que poderiam acarretar a redução teleológica, tenho a impressão de que essa concepção, constante de trabalhos de notáveis constitucionalistas brasileiros - Professor Caio Tácito, Geraldo Ataliba, Luis Roberto Barroso, Carlos Ari Sundfeld -, parece mais uma crítica de lege ferenda da decisão constituinte.

Por isso, também peço vênia ao Ministro Marco Aurélio para acompanhar o Ministro-Relator, especialmente pelo segundo fundamento. (p. 74)

Ou seja, é possível concluir que apenas na ADPF 492, ele amadurece o seu entendimento de modo a julgar o tema diferenciando as competências legislativa e material sobre a execução das atividades lotéricas.

Em seu voto também é possível perceber a preocupação social a respeito de uma nova interpretação sobre o tema dos sorteios, muito provavelmente em razão dos problemas envolvendo lavagem de dinheiro e outros crimes através de bingos e demais jogos de azar. Isto também aparece no voto do Ministro Marco Aurélio, que acredita que não se deveria criar um entendimento ampliativo sobre determinado termo para centralizar a atuação legislativa, em detrimento da preservação da federação.

VI. COMO AFETA AS LOTERIAS ESTADUAIS?

Este acórdão foi precedente para decisões relacionadas a loterias, bingos e jogos de azar no geral, por um longo período, de 2004 até o julgamento da ADPF 492, em 2020.

É possível notar que houve uma centralização da regulamentação do serviço público de loterias, muito relacionado a preocupações sociais de uma possível descentralização da organização dos serviços lotéricos. Entretanto, com isso, a Corte passou a entender que as legislações estaduais estariam inovando no ordenamento jurídico e, assim, declarou a inconstitucionalidade das normas distritais questionadas aqui na ADI 2847, bem como as demais normas julgadas na Corte sobre o tema.

Este entendimento engessou as loterias estaduais e impossibilitou a criação de novas loterias por um longo período, até o julgamento da ADPF 492, em que o presente entendimento foi modificado.

VII. LEGISLAÇÕES CITADAS

DOCUMENTO NORMATIVO	ANO	EXPLICAÇÃO	CITAÇÃO
Decreto-Lei nº 204	1967	Institui as loterias como serviço público exclusivo da união e manteve a legislação anterior, o Decreto 6.259 naquilo que couber	Carlos Velloso
Decreto-Lei nº 3.688	1941	Lei das Contravenções Penais	Carlos Velloso
Decreto nº 21.143	1932	Regula a extração de loterias.	Marco Aurélio
Decreto-Lei nº 2.980	1941	Consolida as disposições sobre o serviço de loterias e dá outras providências.	Marco Aurélio
Decreto-Lei nº 6.259	1944	Dispõe sobre o serviço de loterias, e dá outras providências.	Marco Aurélio
Constituição de 1946	1946	Constituição de 1946	Marco Aurélio
Constituição de 1967-69	1967-69	Constituição de 1967-69	Marco Aurélio e Celso de Mello
Medida Provisória nº 2.216-31	2001	Altera dispositivos da Lei no 9.649, de 27 de maio de 1998, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.	Marco Aurélio
Medida Provisória nº 168	2004	Institui o cruzeiro, dispõe sobre a liquidez dos ativos financeiros, e dá outras providências.	Marco Aurélio e Celso de Mello
Lei nº 5.768	1971	Abre a legislação sobre distribuição gratuita de prêmios, mediante sorteio, vale-brinde ou concurso, a título de propaganda, estabelece normas de proteção à poupança popular, e dá outras providências.	Marco Aurélio

Lei nº 6.717	1979	Autoriza modalidade de concurso de prognósticos da Loteria Federal regida pelo Decreto-lei nº 204, de 27 de fevereiro de 1967, e dá outras providências.	Marco Aurélio
Lei nº 8.672	1993	Lei Zico - Institui normas gerais sobre desportos e dá outras providências.	Marco Aurélio, Eros Grau)
Lei nº 9.615	1998	Lei Pelé - Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências.	Marco Aurélio, Eros Grau, Celso de Mello
Lei nº 9.868	1999	Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.	Celso de Mello
Decreto nº 1	1889	Proclama provisoriamente e decreta como forma de governo da Nação Brasileira a Republica Federativa, e estabelece as normas pelas quaes se devem reger os Estados Federaes.	Celso de Mello
Constituição de 1937	1937	Constituição de 1937	Celso de Mello
Decreto nº 2.574	1998	Regulamenta a Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, que institui normas gerais sobre o desporto e dá outras providências.	Celso de Mello
Decreto nº 3.214	1999	Revoga o § 2o do art. 74 do Decreto no 2.574, de 29 de abril de 1998, que regulamenta a Lei no 9.615, de 24 de março de 1998, que institui normas gerais sobre o desporto e dá outras providências.	Celso de Mello
Lei nº 9.981	2000	Altera dispositivos da Lei no 9.615, de 24 de março de 1998, e dá outras providências.	Celso de Mello
Medida Provisória nº 2.216-37	2001	Altera dispositivos da Lei no 9.649, de 27 de maio de 1998, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.	Celso de Mello

Alvará Régio, datado de 28/05/1808	1808	Ordenou que a produção e a venda das cartas de jogos, no Brasil, e nos domínios ultramarinos de Portugal somente competissem a que a Casa Realportuguesa outorgasse tal privilégio.	Celso de Mello
Decreto-lei nº 9.215	1946	Proíbe a prática ou exploração de jogos de azar em todo o território nacional	Celso de Mello
Decreto-Lei nº 5452	1934	Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.	Celso de Mello

VIII. JURISPRUDÊNCIA CITADA

PROCESSO	ANO	EXPLICAÇÃO	CITAÇÃO
ADI 1.347 MC	1995	Portarias n. 24/94 e n. 25/94 do secretario de segurança e saúde no trabalho - prevenção contra situações de dano no ambiente de trabalho - controle medico de saúde ocupacional - ato desvestido de normatividade qualificada para efeito de impugnação em sede de controle concentrado de constitucionalidade.	Ayres Britto
ADI 2.242	2003	Arguição de inconstitucionalidade do inciso VI do artigo 93 da Constituição Federal na redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98.	Celso de Mello
ADI 2028 MC	2000	Art. 1º, na parte em que alterou a redação do artigo 55, III, da Lei 8.212/91 e acrescentou-lhe os §§ 3º, 4º e 5º, e dos artigos 4º, 5º e 7º, todos da Lei 9.732, de 11 de dezembro de 1998. - De há muito se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que só é exigível lei complementar quando a Constituição expressamente a ela faz	Celso de Mello

		alusão com referência a determinada matéria, o que implica dizer que quando a Carta Magna alude genericamente a "lei" para estabelecer princípio de reserva legal, essa expressão compreende tanto a legislação ordinária, nas suas diferentes modalidades, quanto a legislação complementar.	
ADI 2036 MC	2000	Referendou-se o despacho que concedeu a liminar, na ADIN 2028, para suspender a eficácia dos dispositivos impugnados nesta ação direta, ficando prejudicada a requerida na ADIN 2036.	Celso de Mello
ADI 2132 MC	2002	Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 3.347, de 29.12.99, do Estado do Rio de Janeiro	Celso de Mello
ADI 842 MC	1993	Lei n. 8.541/92 (art. 56 e pars.) - alegada ofensa ao princípio constitucional do concurso público e a regra de validade temporal das provas seletivas (cf, art. 37, ii e iii) - ato de efeitos concretos.	Ayres Britto
ADI/MC 1.169	2001	Da circunstância de caber ao legislador federal autorizar o funcionamento dos chamados "bingos", não decorre necessariamente a competência para regular e fiscalizar o funcionamento da nova loteria, que haverá de atender a exigências de segurança pública, ditadas pelos Estados-membros, na forma prevista no art. 144 da CF/88.	Carlos Velloso
RTJ 101/499, 503			Celso de Mello
RTJ 120	1964		Celso de Mello
RTJ 146/461-462			Celso de Mello



FICHAMENTO E RESENHA

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3895. Relator Ministro Menezes Direito. Julgamento 04 de junho de 2008, publicado em 29 de agosto de 2008. Disponível em: [ADI3895EmentaeAcórdão\(1\)](#).

SUMÁRIO

I. SÍNTESE DO CASO	2
II. QUESTIONAMENTOS E DEFESAS JURÍDICAS	2
a. Governo do Estado de São Paulo	2
b. Advogado-Geral da União, José Antonio Dias Toffoli	3
c. Procurador-Geral da República, Antonio Fernando Barros e Silva de Souza	4
III. ACÓRDÃO	4
IV. VOTOS E FUNDAMENTOS	4
a. Menezes Direito - Relator	4
b. Marco Aurélio	5
V. PERCEPÇÃO E ANÁLISE DO CASO	5
VI. COMO AFETA AS LOTERIAS ESTADUAIS?	5
VII. LEGISLAÇÕES CITADAS	5
VIII. JURISPRUDÊNCIA CITADA	6

I. SÍNTESE DO CASO

1. O Governador do Estado de São Paulo propôs a presente ação direta de inconstitucionalidade contra a “Lei estadual nº 12.519, de 02 de janeiro de 2007, que proíbe a instalação, utilização, manutenção, locação, guarda ou depósito de máquinas caça-níqueis, de vídeobingo, video-pôquer e assemelhadas, em bares, restaurantes e similares”.

II. QUESTIONAMENTOS E DEFESAS JURÍDICAS

a. Governo do Estado de São Paulo

2. Vício material, pela invasão da competência legislativa privativa da União.

A União Federal detém competência privativa para legislar sobre determinadas matérias e, assim como previsto no art. 22, inciso XX, da Constituição, ‘ apenas o Poder Central pode legislar sobre o sistema de consórcios e sorteios.

Paralelamente, o mesmo artigo da CF afirma, no inciso I, que à União cabe privativamente legislar sobre direito penal e a mesma trouxe a definição de jogo de azar, apontada no §3º, alínea “a”, da Lei de Contravenções Penais. Ainda, o Decreto-lei nº 6259/44 afirma, em seu art. 3º, a exploração lotérica como derrogação das normas de Direito Penal e afirma a não permissão da criação de loterias estaduais, no art. 32, mantendo-se, apenas, as loterias estaduais já existentes e sem poderem aumentar as suas emissões.

Menciona também a “Lei Pelé”, que revogou a “Lei Zico”, criada anteriormente permitindo a realização de sorteios na modalidade denominada bingo ou similar, conferindo a cada Estado e ao Distrito Federal a normatização e fiscalização.

Por fim, a Medida Provisória 2.216-37/2001, no art. 17, conferindo nova redação ao art. 59 da Lei federal nº 9.615/98, determinou que a exploração de bingo, serviço público da competência da União, seria executada direta ou indiretamente pela Caixa Econômica Federal em todo o território nacional.

E, diante deste quadro, conclui que o Estado-membro não detém competência para legislar sobre sorteios, matéria que assiste, privativamente, à União pelo art. 22, XX, da CF, bem como, o inciso I do mesmo artigo, para dispor sobre repressão de jogos de azar, por ser matéria penal.

3. vício formal, em razão de o Estado-membro não possuir competência administrativa para fiscalizar atividades lotéricas e de bingos. Considerando que a fiscalização atribuída ao estado está no âmbito administrativo e uma vez que a atividade lotérica é definida como “serviço público federal”, a inovação legislativa reverteria em inconstitucionalidade de cunho formal, visto que não há, na ordem jurídica, delegação em favor dos Estados-membros para normatividade ou fiscalização do assunto (art. 22, § único da CF).
4. O Ministro entende que ao proibir “a instalação, utilização, manutenção, locação, guarda ou depósito de máquinas caça-níques, de vídeo-bingo, vídeo-poquer e assemelhadas”, o Estado de São Paulo não invadiu a competência legislativa da União, pois referida normatização, segundo seu entendimento, não cuida de regulação dos sistemas de consórcios e sorteios e, muito menos, refere-se a norma penal. A norma atacada cuida de matéria atinente a danos causados ao consumidor

e proteção e defesa à saúde, tema considerado pela Constituição Federal como concorrente entre os entes federativos (art. 24, VIII e XII).

Isto pois a prática compulsiva dos bingos traz graves danos à saúde da população, diante de ingressos em casos de estágio de patologias em jogos. Afirmar ser alarmante o crescimento de atendimentos em ambulatórios especializados em dependência de jogos.

Assim, a multa criada pela lei questionada não decorre de regulamentação de crime, mas de natureza administrativa para realizar seu poder coercitivo.

b. Advogado-Geral da União, José Antonio Dias Toffoli

1. A lei questionada, embora disponha em sentido contrário à normas costumeiramente questionadas na referida Corte, por determinar a proibição das atividades de jogos de azar, possui natureza idêntica a elas, pois versa sobre o sistema de sorteios. Portanto, entende haver inconstitucionalidade formal, por usurpação de competência da União (art. 22, XX, da CF).

Segundo precedentes, o termo “sorteio”, presente no art. 22, inciso XX, da CF/88 deve ser entendido de forma ampla (ADI 2.847/DF, Rel. Min. Carlos Veloso). Apoiou-se, ainda, na Súmula Vinculante n. 2, do STF. Assim, qualquer que seja a modalidade de jogo, apenas a União tem a competência legislativa. E confirmando seu interesse na matéria, editou as Leis nºs 9.615/98 e 9.981/00, além do Decreto nº 3.659/00.

c. Procurador-Geral da República, Antonio Fernando Barros e Silva de Souza

1. O Estado de São Paulo usurpou a competência da União prevista no art. 22, inciso XX, da CF. Diante da existência de jurisprudência da Corte a respeito do tema, bem como da Súmula Vinculante 2, conclui-se que a lei estadual padece de inconstitucionalidade formal.

III. ACÓRDÃO

Julgam, por maioria, procedente a ADI, declarando inconstitucional a Lei estadual nº 12.519, de 02 de janeiro de 2007.

O voto base foi o do relator, Menezes Direito, que pode ser sintetizado da seguinte forma:

- a. A Corte ampliou o entendimento sobre o conceito de “sorteios” para alcançar jogos de azar, posição na qual ele discorda, por considerar que o art. 25, §1 da CF, busca preservar ao máximo a natureza essencial da forma federativa de estado, e,

portanto, não deveria haver uma interpretação centralizadora, por causar severas distorções no gerenciamento das atividades públicas.

- b. Contudo, diante do entendimento diverso da Corte em seus precedentes, decidiu seguir seus pares, mas deixar seu posicionamento registrado, visto ser a primeira vez que se manifestou sobre o tema. Portanto, reconheceu a existência de vício formal por desrespeito ao art. 22, XX, da CF.

IV. VOTOS E FUNDAMENTOS

a. Menezes Direito - Relator

1. O presente julgamento teria como principal questão a interpretação a que se poderia dar ao art. 22, XX, da Constituição de 1988, que estabelece a competência privativa da União para legislar sobre sistema de consórcios e sorteios.
2. Menciona o julgamento da ADI 2995/PE, em que se afirma a ampliação do entendimento sobre sorteios, apontando trecho do voto do Rel. Min. Celso de Mello ao afirmar que a

“cláusula de competência **inscrita** no art. 22, inciso XX, da Constituição da República **atribui máximo coeficiente de federalidade** ao tema dos ‘sorteios’ (expressão **que abrange** os jogos de azar, as loterias e similares), **em ordem a afastar** nessa **específica** matéria, a possibilidade constitucional **de legítima** regulação normativa, **ainda** que concorrente, **por parte** dos Estados-membros, do Distrito Federal ou dos “Municípios”. (p. 19)
[...]

“**considerando**, de um lado, **os precedentes** que o Supremo Tribunal Federal **firmou** na matéria ora em exame **e tendo em vista**, de outro, **a competência privativa da União** para legislar sobre os serviços lotéricos, jogos, apostas, bingos e sorteios (CF, art. 22, XX) -, **não vejo como reconhecer**, presente esse contexto, competência, ao estado de Pernambuco, para legislar **em tema** de quaisquer modalidades, jogos ou das atividades anteriormente referidas” (p. 19).

e declara que se estivesse na ocasião do julgamento teria realizado interpretação diversa, uma vez que existe uma palavra própria “jogos”, não poderia haver tal extensão.

Sendo assim, dado que a Constituição faz reserva explícita dos poderes residuais no art. 25, §1º, da CF, significa que a Carta busca preservar o máximo possível a natureza essencial da forma federativa de estado, o que não condiz com a

centralização demasiada que, segundo o Ministro, causaria severas distorções no gerenciamento das atividades públicas.

3. Todavia, no caso mencionado, a conclusão foi por entendimento diverso, de acordo com voto proferido pelo Min. Celso de Mello, entende não caber reexame da competência e, apenas, registra seu posicionamento de interpretação não ampliativa, visto ser a primeira vez que se manifesta sobre o assunto. Portanto, reconhece a existência de vício formal por desrespeito ao art. 22, XX, da CF.

b. Marco Aurélio

1. Continua convencido de que não cumpre à União reger serviço público, sendo o serviço lotérico um serviço público do Estado. Julga improcedente, reportando voto na ADI 2.847/DF.

V. PERCEPÇÃO E ANÁLISE DO CASO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade contra legislação do Estado de São Paulo sobre jogos de azar, o que, por si só, seria de interesse para o presente estudo. Contudo, além disso, este acórdão traz um importante entendimento do Ministro Relator, Menezes Direito, que registra sua divergência de entendimento quanto ao posicionamento consolidado, naquele momento, dentro da Corte, a respeito da competência estadual para criar normas que estabelecessem as loterias estaduais. A sua compreensão estaria próxima ao julgamento proferido pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto no julgamento da ADPF 492, em que era Relator, em que em que se alterou a forma de julgar referidas ações, passando a se entender pela divergência entre competência legislativa e competência material dos Estados, sendo que a possibilidade de editar normas que criassem os serviços lotéricos estaduais, desde que seguindo os parâmetros e normas federais, estariam apenas exercendo seu direito de execução do serviço público de exploração de atividades lotéricas.

O Relator, Min. Menezes Direito, tinha um entendimento no sentido de preservar ao máximo a natureza federativa, discordando da interpretação ampliativa do termo “sorteios”, que levou a uma centralização legislativa. O ministro esclareceu que, em sua convicção, o art. 25, §1º, da Constituição de 1988, ao afirmar que “§ 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”, estaria fazendo uma “reserva explícita dos poderes residuais” (p. 19), procurando, com isso, “preservar o mais possível a natureza essencial da forma federativa de estado, que não se compraz com essa centralização demasiada que causa [...] distorções severas no gerenciamento das atividades públicas”. (p. 19)

O Ministro Menezes Direito decide seguir o entendimento firmado na Corte, uma vez que na ação mencionada (ADI 2995/PE) a divergência do Min. Marco Aurélio foi voz solitária e, portanto

vencida, não mais cabendo, assim, o reexame de tal aspecto para a subsistência da competência residual dos Estados no tocante aos jogos de azar.

A lei declarada inconstitucional apresenta um diferencial, pois se trata de proibição de jogos de azar, ao invés do que normalmente se julgava pelo STF, que seriam normas criando e regulamentando loterias. Contudo, o entendimento foi de que mesmo proibindo, tratava de matéria cuja competência seria da União, conforme art. 22, XX, da CF. Este julgamento ocorreu cerca de um ano após a criação da Súmula Vinculante n. 2.

É importante observar que o entendimento de existir conflito entre as normas estaduais com o art. 22, XX, da CF era algo bastante consolidado, que inclusive, ganhou uma súmula vinculante para uniformizar as interpretações, objetivando não mais haver diferentes julgamentos sobre o assunto. Assim, sabendo disso, o Ministro Menezes Direito apenas registrou a manifestação de sua divergência, sem, contudo, procurar reabrir a discussão.

Trata-se de um julgamento que poderia ter reaberto a discussão sobre o conflito das normas estaduais com o art. 22, inciso XX, da CF/1988, naquele momento, com, pelo menos, dois Ministros contrários ao consenso até então firmado. Entretanto, acabou sendo mais um acórdão consolidando o entendimento de que jogos de azar estão compreendidos dentro do sistema de sorteios e que a competência para tratar é privativa da União.

VI. COMO AFETA AS LOTERIAS ESTADUAIS?

A presente ação direta de inconstitucionalidade foi realizada contra lei do Estado de São Paulo que proibia a instalação, utilização, manutenção, locação, guarda ou depósito de máquinas caça-níqueis, de vídeobingo, vídeo-pôquer e assemelhados, em bares, restaurantes e similares.

Esta ação é afeta ao tema das loterias estaduais, pois tanto a atividade lotérica, quanto as atividades acima citadas eram consideradas jogos de azar e interpretadas dentro do conceito de “sorteio” previsto no art. 22, inciso XX, da Constituição Federal. Ou seja, qualquer norma que tratasse de loterias estaduais, que naquele momento estavam restringidas pelo Decreto 204/1967, ou qualquer modalidade de jogos de azar seria inconstitucional por afrontar o artigo constitucional supramencionado, em razão do entendimento de que apenas a União poderia legislar sobre sorteios e, portanto, jogos de azar.

Esta decisão mantém os precedentes daquele momento que eram pela inconstitucionalidade de normas estaduais sobre os temas mencionados e, portanto, a norma proferida pelo Estado de São Paulo foi declarada inconstitucional.

VII. LEGISLAÇÕES CITADAS

DOCUMENTO NORMATIVO	ANO	EXPLICAÇÃO	CITAÇÃO
Decreto nº 21.143	1932	Regula a extração de loterias.	Marco Aurélio
Decreto-Lei nº 2.980	1941	Consolida as disposições sobre o serviço de loterias e dá outras providências.	Marco Aurélio
Decreto-Lei nº 204	1967	Dispõe sobre a exploração de loterias e dá outras providências.	Marco Aurélio
Decreto-lei nº 3.668	1941	Lei das Contravenções Penais	Menezes Direito, Marco Aurélio
Decreto-lei nº 6.259	1944	Dispõe sobre o serviço de loterias, e dá outras providências.	Menezes Direito, Marco Aurélio
Lei Estadual nº 2.055 (Rio de Janeiro)	1993	Dispõe sobre alíquotas do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços-icms. E dá outras providências.	Marco Aurélio
Lei nº 9.981	2000	Altera dispositivos da Lei no 9.615, de 24 de março de 1998, e dá outras providências.	Menezes Direito
Lei nº 3.659	2000	Regulamenta a autorização e a fiscalização de jogos de bingo, e dá outras providências.	Menezes Direito
Lei nº 5.768	1971	Abre a legislação sobre distribuição gratuita de prêmios, mediante sorteio, vale-brinde ou concurso, a título de propaganda, estabelece normas de proteção à poupança popular, e dá outras providências.	Marco Aurélio
Lei nº 5.869	1973	institui o Código de Processo Civil.	Menezes Direito
Lei nº 6.717	1979	Autoriza modalidade de concurso de prognósticos da Loteria Federal regida pelo Decreto-lei nº 204, de 27 de fevereiro de 1967, e dá outras providências.	Marco Aurélio

Lei nº 8.672	1993	Institui normas gerais sobre desportos e dá outras providências.	Menezes Direito, Marco Aurélio
Lei nº 9.615	1998	Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências.	Menezes Direito, Marco Aurélio
Lei nº 9.868	1999	Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.	Menezes Direito
Medida Provisória nº 2.216-37	2001	Altera dispositivos da Lei no 9.649, de 27 de maio de 1998, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.	Menezes Direito
Medida Provisória nº 168	2004	Proíbe a exploração de todas as modalidades de jogos de bingo e jogos em máquinas eletrônicas denominadas "caça-níqueis", independentemente dos nomes de fantasia, e dá outras providências.	Marco Aurélio
Medida Provisória nº 2.216-31	2001	Altera dispositivos da Lei no 9.649, de 27 de maio de 1998, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.	Marco Aurélio
Medida Provisória nº 2049-37	2000	Altera dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.	Menezes Direito

VIII. JURISPRUDÊNCIA CITADA

PROCESSO	ANO	EXPLICAÇÃO	CITAÇÃO
----------	-----	------------	---------

(STJ) AgRg na Medida Cautelar 10.784-RS	2005	Exploração comercial de máquinas de jogos eletrônicos. Ilicitude.	Menezes Direito
ADI 2690	2006	Criação de serviço de loteria por lei estadual (Lei no 8.118/2002, do Estado do Rio Grande do Norte). Vício de iniciativa. Competência privativa da União.	Menezes Direito
ADI 2847/DF	2004	Lei Distrital que regulamenta loterias.	Menezes Direito, Marco Aurélio
ADI 2948	2005	§ 2º do artigo 62 da lei n. 7.156/99 do estado do mato grosso. Instalação e operação de máquinas eletrônicas do jogo de bingo naquele estado-membro. Matéria afeta à competência privativa da União. Inconstitucionalidade formal.	Menezes Direito
ADI 2995	2007	Competência para legislar, por autoridade própria, sobre qualquer modalidade de loteria ou de serviços lotéricos.	Menezes Direito
ADI 2996/SC	2007	Competência para legislar, por autoridade própria, sobre qualquer modalidade de loteria ou de serviços lotéricos.	Menezes Direito
ADI 3060/GO	2007	L. est. 7.416, de 10 de outubro de 2003, do Estado da Paraíba, que dispõe sobre serviço de loterias e jogos de bingo: inconstitucionalidade formal declarada, por violação do art. 22, XX, da Constituição Federal,	Menezes Direito
ADI 3063	2007	Art. 14 da Lei nº 7.734/2002, do Estado do Maranhão. Loteria e sorteio. Modalidades. Instituição e disciplina. Matéria de competência legislativa exclusiva da União.	Menezes Direito
ADI 3147	2006	Decretos nºs 11.106/03 e 11.435/04, do estado do piauí. Usurpação da competência privativa da união para legislar sobre sistema de consórcios e sorteios (inciso xx do art. 22).	Menezes Direito

ADI 3148	2007	Ação direta que impugna, não apenas a Lei estadual nº 1.123/2000, mas, também, os diplomas legislativos que, versando matéria idêntica (serviços lotéricos), foram por ela revogados. N	Menezes Direito
ADI 3183/MS	2007	Legislação estadual pertinente à exploração de atividade lotérica - discussão sobre a competência para legislar sobre o tema.	Menezes Direito
ADI 3189	2007	A usurpação, pelo Estado-membro, da competência para legislar sobre sistemas de sorteios - que representa matéria constitucionalmente reservada, em caráter de absoluta privatividade, à União Federal - traduz vício jurídico que faz instaurar situação de inconstitucionalidade formal, apta a infirmar, de modo radical, a própria integridade do ato legislativo daí resultante.	Menezes Direito
ADI 3259/PA	2007	L. est. 7.416, de 10 de outubro de 2003, do Estado da Paraíba, que dispõe sobre serviço de loterias e jogos de bingo: inconstitucionalidade formal declarada, por violação do art. 22, XX, da Constituição Federal,	Menezes Direito
ADI 3277/PB	2007	L. est. 7.416, de 10 de outubro de 2003, do Estado da Paraíba, que dispõe sobre serviço de loterias e jogos de bingo: inconstitucionalidade formal declarada, por violação do art. 22, XX, da Constituição Federal,	Menezes Direito, Marco Aurélio
ADI 3293	2007	Discussão sobre a competência para legislar sobre o tema referente a sistemas de sorteios - matéria submetida ao regime de competência privativa da união (cf, art. 22, inciso xx).	Menezes Direito

ADPF 337	2018	Impugnada lei municipal em face do sistema constitucional de repartição de competências legislativas, mostra-se adequada a arguição considerado o atendimento à subsidiariedade do instrumento. Sistema de consórcios e sorteios – artigo 22, inciso xx, da constituição federal – competência legislativa privativa da União – ofensa a preceito fundamental – princípio federativo.	Marco Aurélio
----------	------	---	---------------



FUNDAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO DAS ARTES E DA COMUNICAÇÃO

FICHAMENTO E RESENHA - ADPF 492

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 492. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento 30 de setembro de 2020, publicado em 15 de dezembro de 2020. Disponível em: portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345265193&ext=.pdf

Sumário

I. SÍNTESE DO CASO	2
II. QUESTIONAMENTOS E DEFESAS JURÍDICAS	3
a. Rio de Janeiro	3
b. Presidência da República (Consultoria da AGU)	4
c. Advocacia-geral da União	5
d. Ministério Público Federal (PGR)	5
e. ABLE (ADPF 493) – apenas argumentos novos não constante nos anteriores	5
f. Assembleia Legislativa do Estado Mato Grosso (ALEMT) – ADI 4986 – apenas argumentos novos não constante nos anteriores	6
III. ACÓRDÃO	6
IV. VOTOS E FUNDAMENTOS	7
a. Gilmar Mendes - Relator	7
b. Alexandre de Moraes	9
c. Edson Fachin	9
d. Rosa Weber	10
e. Cármen Lúcia	10
f. Ricardo Lewandowski	10
g. Marco Aurélio	10
h. Luiz Fux	10
V. PERCEPÇÃO E ANÁLISE DO CASO	11
VI. COMO AFETA AS LOTERIAS ESTADUAIS?	11
VII. LEGISLAÇÕES CITADAS	12
VIII. JURISPRUDÊNCIA CITADA	13

I. SÍNTESE DO CASO

Questiona-se os artigos 1º e 32 do Decreto-lei 204/67 que supostamente autoriza que a União faça distinção entre Estados-membros que podem ou não explorarem os jogos lotéricos¹.

A ação principal (ADPF 492) foi proposta pelo Rio de Janeiro (Governador).

Ação conjunta: ADPF 493 questiona igualmente os artigos 1º e 32 do Decreto-lei 204/67, e é proposta pela Associação Brasileira de Loterias Estaduais (ABLE) (p.5). Nesta, afirmam que não se trata de questionamento de jogos, como o Bingo, que não são tratados pela CF, e que o STF já entendeu pela sua ilegalidade.

Ação conjunta: ADI 4986, movida pela PGR em face do Estado do Mato Grosso, questionando a Lei 8.651/2007, arts. 1º-10; Decretos 273/2011, 784/2011 e 918/2011, por tratarem de loterias.

II. QUESTIONAMENTOS E DEFESAS JURÍDICAS

a. Rio de Janeiro

1. ofende (i) princípio federativo, (ii) autonomia dos Estados-membros, (iii) tratamento isonômico entre entes federativos², (iv) competência político-administrativa e residual – arts. 1º, 18, 25, 37 caput, e 60 §4º; (v)

¹ Art 1º A exploração de loteria, como derrogação excepcional das normas do Direito Penal, constitui serviço público exclusivo da União não suscetível de concessão e só será permitida nos termos do presente Decreto-lei.

Art 32. Mantida a situação atual, na forma do disposto no presente Decreto-lei, não mais será permitida a criação de loterias estaduais.

§ 1º As loterias estaduais atualmente existentes não poderão aumentar as suas emissões ficando limitadas às quantidades de bilhetes e séries em vigor na data da publicação deste Decreto-lei

² Interessante verificar o argumento da ABLE na ADPF 493 que é: “Alega que a União estaria a dispensar um visível tratamento desigual aos Estados da Federação ao **permitir a exploração de loterias pelos Estados** de Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Santa Catarina, São Paulo, Goiás, Rondônia, Pará, Bahia, Piauí, Paraíba, Ceará e Pernambuco, **enquanto não a admite aos Estados** do Paraná, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Acre, Amazonas, Tocantins, Roraima, Maranhão, Rio Grande do Norte, Sergipe e Alagoas, além do Distrito Federal. Nesse sentido, ressalta a ocorrência de desrespeito ao princípio do pacto federativo” (p.6)

violação à não intervenção – art. 34 e (vi) proibição ao monopólio – art. 170³ (p. 3).

2. Não recepção do decreto-lei 204/67 pois estabelece à União exclusividade de serviço público que não é de seu monopólio, e, portanto, de cunho concorrencial; além de haver proibição dos limites de séries, que vigora há mais de 50 anos (p. 3).

3. A Súmula Vinculante nº 2 do STF trata da exclusividade para legislar sobre jogos de loteria, mas não para trata sobre o regime de exploração e competência das loterias (p.3)⁴.

4. A Secretaria de Avaliação, Planejamento, Energia e Loteria subordinada à Secretaria Especial da Fazenda do Ministério da Economia vem

³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. § 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

I - manter a integridade nacional; II - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra;

III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública; IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação; V - reorganizar as finanças da unidade da Federação que:

a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior; b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei; VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial; VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

⁴ Súmula Vinculante nº 2 do STF - É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.

aplicando dispositivos impugnados com finalidade de constranger Estados-membros (p. 3-4).

b. Presidência da República (Consultoria da AGU)

1. Não se trata de monopólio, mas de privilégio, visto que não há proibição de Loterias Estaduais, mas simplesmente há limites legais; além disso, seriam moldes similares ao dos Correios já discutido pelo STF na ADPF 46. (p. 4)

2. Não se trata de intervenção, pois a maneira utilizada pelo RJ faz confundir a tecnicidade do termo, pois este não se confunde com poder de polícia (p.4).

3. Não violação do pacto federativo, pois as loterias, federais e estaduais, estão limitadas à previsão legal.

4. competência da União para legislar sobre matéria penal e sistemas de consórcios e sorteios, conforme Decreto-lei nº 204 de 1967.

c. Advocacia-geral da União

1. Não recepção da ADPF por vício formal, falta de assinatura da petição pelo Governador (p.4).

2. Privilégio da União no **serviço público** de loterias e não **na atividade econômica** (p. 5).

3. Cita-se jurisprudência do STF afirmando a inconstitucionalidade de lei estadual sobre o tema e reafirma a competência do poder de polícia do Ministério da Fazenda.

d. Ministério Público Federal (PGR)

1. Vício formal, falta de assinatura do Governador e pede abertura de prazo para tal assinatura (p. 5);

2. Previsão constitucional e decisões do STF reforçam a competência da União para legislar sobre o sistema de consórcio e sorteios (p.5).

3. Seriam os jogos de loteria **serviços públicos** e não atividade econômica, conforme art. 177⁵ (p.5).

4. Existência de projetos de lei no Congresso que visam versar sobre o tema e pede a improcedência da ADPF (p.5).

e. ABLE (ADPF 493) – apenas argumentos novos não constante nos anteriores

1. Diversas normas anteriores à 1988 trataram do tema sem previsão de monopólio da União, Eg.: Decreto-lei 3.688/41, art. 53; Lei 8.212/91, art. 26, §1º; Decreto 3.048/99, art. 212, §1º) – p.6

2. Violação dos artigos 5º, 19 da CF⁶.

f. Assembleia Legislativa do Estado Mato Grosso (ALEMT) – ADI 4986 – apenas argumentos novos não constante nos anteriores

1. O Estado estaria a usar as mesmas regras federais que tratam sobre o tema com devidas adequações de ordem mecânica ou administrativa, portanto não há que se falar em inconstitucionalidade. Apenas adaptou e evoluiu a loteria do estado que fora criada em 1953 (p. 7)

⁵ Art. 177. Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.

⁶ Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; II - recusar fé aos documentos públicos; III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si

III. ACÓRDÃO

Julgam procedente as ADPFs e improcedente a ADI, portanto declarando não recepcionados pela CF os artigos 1º e 32 do Decreto-lei 204/1967 e constitucionais as leis e decretos do MT por não inovação do sistema lotérico.

O voto base foi o do relator, Gilmar Mendes, que pode ser sintetizado da seguinte forma:

1. O art. 22, XX, da CF, prevê competência privativa da União para legislar sobre sorteios e consórcios, no qual encontra-se abarcado o conceito de loterias em sorteios. Tal competência é de regulação geral por meio de lei, mas não de exploração exclusiva desse serviço, por não previsão de tal situação no art. 21 da CF, que prevê a competência material exclusiva da União para alguns serviços.
2. Loterias são serviços públicos por definição da própria lei Decreto-lei 247 e por entendimento do STF.
3. Assim sendo, qualquer limitação de exploração de tal serviço a Estados-membros específicos seria inconstitucional por violação do art. 19, III, da CF. Todos os Estados-membros podem explorar desde que sigam os parâmetros gerais da lei federal.
4. A competência penal da União não seria violada, pois além de tais competências não se sobreporem, a lei de contravenções penais fala em criação de loterias sem autorização legal, o que não é caso por previsão legal autorizando os Estados a fazê-los e por proibição constitucional de apenas a União poder explorar esse serviço.

IV. VOTOS E FUNDAMENTOS

a. Gilmar Mendes - Relator

1. Quanto ao cabimento, a ADPF preenche o requisito de subsidiariedade que tal instrumento espera.

2. Pela análise do histórico normativo-regulatório das loterias é possível observar que sempre houve convivência legal entre a exploração da União e dos Estados, e mantendo a possibilidade de delegação. (p. 14-17)

3. A ideia de serviço público deve ser modernizada a distinção entre este e a atividade econômica deve estar além do elemento “interdependência”, assim o próprio regime jurídico que é correlato à atividade é que deve auxiliar em sua definição (p. 19).

Assim, a lei é clara ao definir há tempos os serviços lotéricos como serviço público e isso possibilita, inclusive, a prestação deste serviço público na modalidade indireta, “**por meio da concessão ou permissão**”, isso por previsão do artigo 175 da CF, que prevê a possibilidade direta de concessão ou permissão na execução de serviço público (p.20).

O Decreto-lei 6.259/1944 é claro e continua a permitir a concessão tanto a nível estadual quanto federal. (p.21).

4. Sobre a recepção do Decreto-lei 204/1967 é importante mencionar que este é resultado de um processo histórico específico de ditadura, momento de extremos e que se questionava tudo por um viés de segurança nacional. O preâmbulo do citado decreto afirma proteger a segurança nacional contra a proliferação de jogos. (p. 23)

A pergunta que guia o questionamento e a resposta do ministro é saber se há violação à competência material dos Estados-membros ao se prever restrição a serviço público de loterias à União. O Ministro responde imediatamente que sim. (p. 23)

Quanto a CF quis atribuir exclusividade a serviço público à União o fez de maneira expressa, como se vê no artigo 21, Incisos X, XI e XII (p. 25-26). A discussão, portanto, é saber se os jogos lotéricos seriam serviços com regime de privilégio (e não de monopólio, portanto não tendo relação com art. 177 da CF) (p. 26). Por outro lado, não se confunde com o privilégio dos serviços postais, previstos na ADPF 46, pois o que se pretendeu ali foi reconhecer que o privilégio advinha do artigo 21, X, da CF, que atribui à União a prestação de tal atividade. (p. 26-27)

O texto constitucional não prevê à União a exploração ou o dever de manutenção das atividades de jogos lotéricos (p.28).

O artigo 25, §1º da CF afirma que são reservados aos Estados as competências que não lhe sejam vedadas pela CF, logo uma lei federal não pode restringir a competência material de exploração de serviço público determinado (p. 29).

5. O que o STF tem julgado sobre o tema é competência legislativa e não a competência material/de exploração (p.30). O que significa que a União não pode via lei excluir outros entes de executar determinada atividade/serviço público que não sejam exclusivos ou monopólio. Isso violaria o art. 19, III da CF. Além disso, o art. 25, §1º determina que aquilo que não for proibido, é de competência do Estado.

O artigo 22, XX, não exclui a competência material dos Estados, mas apenas traz para a União a competência de legislar sobre sorteio e consórcios (p. 30-31). Seria abusiva tal interpretação, por excluir os Estados da possibilidade de obter entrada à manutenção da seguridade social, nos termos do art. 195, III da CF e, ao menos a nível federal, também aplicados no financiamento de programas na área social e comunitária (p.31)⁷.

Não pode lei federal retirar competência material de Estado, mesmo com criminalização e muito menos criando distinção entre Estados que teoricamente poderiam explorar as loterias (p. 31).

6. Os julgamentos de inconstitucionalidade do STF têm sido no sentido de que o art. 22, XX, ao falar de sistemas de consórcios e sorteios abarcaria loterias; e que a matéria invadiria competência privativa da União de legislar sobre matéria penal; o que não exclui a competência legislativa privativa da União (p. 33).

7. O Decreto 6259 regulamenta a questão dos jogos para nível estadual, pois o Decreto 267 não revogou este e o artigo 1º deste ao não ser recepcionado autoriza todos Estados a explorarem tal serviço (p.38-39).

⁷ Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

Decretos e leis que tratem da implementação e execução das loterias são válidos, o que não pode é regulamentar modalidades ou disciplina às modalidades existentes de maneira diferente à previsão federal. Isso violaria a previsão do art. 22, XX da CF (p. 39)

8. A questão de inconstitucionalidade por invasão de competência penal seria a suposta ofensa ao art. 22, I, da CF. Prevê a lei de contravenções penais, em seu art 41., que promover ou fazer extrair loteria sem autorização legal é crime. Mas, ao trazer a questão de “sem autorização legal”, fica claro que não são os jogos lotéricos crime, mas aqueles feitos fora do ditame legal. (p. 40 – 42)

9. Julga pela procedência das ADPF e pela Improcedência da ADI.

b. Alexandre de Moraes

1. Quanto à subsidiariedade do instituto ADPF segue o relator (p.46).

2. Quanto a distinção entre competência privativa de legislar e competência material de explorar segue o relator, também acreditando que este é o movimento que o STF faz de entender maior igualdade e concorrência entre os entes federativos (p. 47-48).

3. A CF não prevê a possibilidade de distinção entre Estados, por lei antiga, a terem autorizada a exploração da loteria entre Estados, como também não poderia lei prever exclusividade de exploração desse serviço pela União. Pois, isso violaria previsão do art. 19, III da CF, ao não ser a CF quem prevê essa exclusividade e/ou privilégio (p.48-49).

4. Segue integralmente relator (p.50)

c. Edson Fachin

1. Não acrescenta elementos concretos e segue o relator (p.51-53).

2. No voto vogal juntado aos autos, em síntese afirma que:

a. estão presentes os requisitos processuais para as 3 ações (p.55).

b. entende que as ações são procedentes, por não mais estarem em consonância com os princípios constitucionais e que a ADI é improcedente, por MT não ter inovado na regulamentação (p.55).

c. Em 1964 inicia-se, junto com a perda da democracia, um processo de centralização do Estado brasileiro (p. 56 – 57)

O federalismo cooperativo deve ser visto como a coordenação dos Municípios, Estados e União da sua autonomia constitucional. Nesse sentido, o art. 22, XX, da CF, estipulou à União a competência legislativa privativa para tratar de sistemas de consórcio e sorteios, loteria entrando neste conceito (p. 58).

Assim, a previsão constitucional impõe exclusividade legislativa e não administrativa sobre o tema. Por isso, não há antinomia entre a Súmula Vinculante nº 2 e os argumentos de inconstitucional dos citados artigos dos decretos (p.59-62).

d. Os dispositivos do MT não inovam na ordem jurídica e, portanto, não são inconstitucionais (p. 65).

d. Rosa Weber

1. Segue o relator (p.67-68).

e. Cármen Lúcia

1. Segue o relator (p.69 e ss). Mas junta um voto vogal aos documentos, com excelente síntese sobre o tema e o debate.

2. Art. 22, XX, da CF estabelece competência privativa da união para legislar sobre Sorteios, e o STF já tem entendimento de que neste conceito encaixa-se a loteria (p. 78).

3. Loterias são serviços públicos, diferentemente do que alegam os autores (p. 82-83)

4. A CF não atribuiu exclusividade de serviço público à União, não podendo estar limitar o número de Estados que podem explorar esse serviço público. Importante salientar que o art. 195 da CF estabelece que as receitas de loterias devem

servir para arcar com a seguridade social. Tal disposição violaria o art. 25, §1º da CF, que coloca a competência residual aos Estados para tratar do tema (p. 84 – 89).

5. Cita haver projeto de lei na Câmara, 9237/2017 que altera e revoga o art. 1º e 32 do Decreto-lei 204/67.

f. Ricardo Lewandowski

1. Segue o relator (p. 90-93)

g. Marco Aurélio

1. Segue o relator (p. 94-105). Cita o seu voto no caso de 2004

h. Luiz Fux

1. Segue o relator (p. 106).

V. PERCEPÇÃO E ANÁLISE DO CASO

Este caso é importante pois acaba com qualquer interpretação de que Estados não autorizados pelo decreto-lei 204 não pudessem explorar loterias.

Todavia, apenas dois ministros citam diretamente a possibilidade de municípios poderem explorar esse tipo de jogo. Em que pese se discuta muito a questão da competência e federalismo cooperativo, pouco se debruça sobre essa situação para os municípios.

A melhor interpretação deve ser exclusivamente legal, em um primeiro momento, visto que o STF não recepcionou os artigos 1º e 32 do Decreto-lei 204, o Decreto 6.259 é de suma importância para tratar do tema, por ser ele, juntamente com a Lei 13.756 que vai tratar, de maneira geral, do panorama regulatório das loterias.

O caso é claro ao trazer a necessidade de respeito aos parâmetros legais e constitucionais, contudo, tirando a literalidade sobre tipo de jogos e o art. 195 da CF sobre utilização das receitas advindas das loterias, parece haver espaço sobre a forma de implementação e organização das loterias.

Importante frisar o entendimento do Ministro Relator de que cabe concessão e permissão de loterias, o que ajuda na modelagem desse tipo de serviço.

VI. COMO AFETA AS LOTERIAS ESTADUAIS?

Este caso não afeta SP diretamente, visto que este já se encontrava entre aqueles Estados autorizados a usufruir de loterias. Os Estados de Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Santa Catarina, São Paulo, Goiás, Rondônia, Pará, Bahia, Piauí, Paraíba, Ceará e Pernambuco, podiam explorar pelo decreto, enquanto podiam explorar loterias aos Estados do Paraná, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Acre, Amazonas, Tocantins, Roraima, Maranhão, Rio Grande do Norte, Sergipe e Alagoas, além do Distrito Federal.

Interessante, portanto, verificar como os Estados que podiam usar loterias fizeram para implementar esse serviço, para além de São Paulo. Também é interessante verificar o que, depois dessa decisão, houve sobre o tema a nível estadual e municipal.

VII. LEGISLAÇÕES CITADAS

DOCUMENTO NORMATIVO	ANO	Explicação	CITAÇÃO
Decreto 21.143	1932	Cria as Loterias	Gilmar Mendes (p.15)
Decreto-Lei 2.980	1941	Reforma o sistema e permite a concessão	Gilmar Mendes (p.15)
Decreto-Lei 3.688	1941	Criminaliza o ato de criação de loterias sem autorização	Gilmar Mendes (p.15)
Decreto 6.259	1944	Derrogação Penal	Gilmar Mendes (p.15)
Lei 3.346	1957	Edita o Decreto 6.259	Gilmar Mendes (p.16)
Decreto 50.954	1961	União assume o serviço de loterias	Gilmar Mendes (p.16)
Decreto-lei 204	1967	Institui as loterias como serviço público exclusivo da união e manteve a legislação anterior, o Decreto 6.259 naquilo que couber	Gilmar Mendes e todas as partes (p.16)
Lei 13.345	2006		
Lei 13.756	2018		

VIII. JURISPRUDÊNCIA CITADA

PROCESSO	ANO	Explicação	CITAÇÃO
ADI 1.169			
ADI 2.690	2006		Gilmar Mendes (p.32-33)
ADI 2.847	2004	Apesar de não ter sido o cerce da decisão, teria ficado entendido que Loterias não são serviços públicos, visto faltar o elemento de interdependência social, que é importante ao conceito	Gilmar Mendes (p.18-19)
ADI 2.847	2004		Gilmar Mendes (p.36-37)
ADI 2.950/RJ	2008		Gilmar Mendes (p.32-33)
ADI 2.995	2007		Gilmar Mendes (p.32-33)
ADI 2.996	2006		Gilmar Mendes (p.32-33)
ADI 3.060/GO	2007		Gilmar Mendes (p.32-33)
ADI 3.063/MA	2007		Gilmar Mendes (p.32-33)
ADI 3.147/PI	2006		Gilmar Mendes (p.32-33)
ADI 3.148-ED/TO	2011		Gilmar Mendes (p.32-33)
ADI 3.183	2006		Fachin (p. 58)
ADI 3.189/AL	2007		Gilmar Mendes (p.32-33)
ADI 3.259/PA	2006		Gilmar Mendes (p.32-33)
ADI 3.277	2007		Gilmar Mendes (p.32-33)
ADI 3.293/MS	2007		Gilmar Mendes (p.32-33)
ADI 3.630/DF	2017		Gilmar Mendes (p.32-33)
ADI 3.895	2008		Gilmar Mendes (p.32-33)
ADI 3.985	2008		Cármén Lúcia (p. 79)
RCL 13.411	2014		Gilmar Mendes (p. 37)



FICHAMENTO E RESENHA

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.050. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 04 de novembro de 2020, publicado em 08 de janeiro de 2021. Disponível em: [paginador.jsp \(stf.jus.br\)](http://paginador.jsp(stf.jus.br))

SUMÁRIO

I. SÍNTESE DO CASO	1
II. QUESTIONAMENTOS E DEFESAS JURÍDICAS	6
Procurador-Geral da República	6
Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul	6
Governador do Estado do Rio Grande do Sul	6
Advogado-Geral da União	7
Procuradoria-Geral da República	7
III. ACÓRDÃO	7
IV. VOTOS E FUNDAMENTOS	7
Ministro Marco Aurélio	7
Ministro Gilmar Mendes (voto-vista)	9
Ministro Dias Toffoli	13
VI. COMO AFETA AS LOTERIAS ESTADUAIS?	15
VII. LEGISLAÇÕES CITADAS	16
VIII. JURISPRUDÊNCIA CITADA	17

I. SÍNTESE DO CASO

A Procuradoria-Geral da República ajuizou ação direta de inconstitucionalidade, com pedido liminar, buscando que fosse assentada a incompatibilidade com a Constituição do art. 18, caput e parágrafos 1º, 2º e 3º, da Lei nº 10.959/1997, e dos Decretos nº 40.593/2001, 40.635/2001 e 40.765/2001, todos do Estado do Rio Grande do Sul, que dispõem sobre o serviço público de loterias em âmbito estadual.

Referido complexo normativo transfere, no âmbito da Administração local, a execução do serviço público de loterias do Estado, antes atribuída à Caixa Econômica Estadual para órgão

integrante da estrutura da Secretaria da Fazenda. Afirma-se a transferência do órgão responsável pela fiscalização da execução da atividade, da instituição de diversas modalidades de jogos e do estabelecimento de permissão direcionada à cobrança de taxas, valores e comissões em razão da atividade lotérica.

Segue, abaixo, o conteúdo normativo do art. 18 e parágrafos da **Lei nº 10.959/1997**:

Art. 18 - A execução do serviço público de Loterias do Estado do Rio Grande do Sul, atribuída à Caixa Econômica Estadual pela Lei nº 6.893, de 16 de julho de 1975, será transferida a órgão integrante da estrutura da Secretaria da Fazenda.

§ 1º - Permanecem inalteradas as atuais regras de execução do serviço previsto no "caput" deste artigo, até mesmo quanto à destinação dos recursos.

§ 2º - A taxa de manutenção que atualmente é cobrada pela Caixa Econômica Estadual para a execução dos serviços aludidos no "caput" deste artigo será destinada ao Tesouro Estadual.

§ 3º - O Poder Executivo regulamentará a criação do órgão de que trata este artigo. (grifo nosso)

O primeiro decreto questionado, Decreto nº 40.593/2001, regulamenta a estruturação da Secretaria da Fazenda criando um órgão para a execução da administração do serviço público de loterias.

Cria-se o órgão de execução, dentro da estrutura da Secretaria da Fazenda, chamado “Loteria do Estado do Rio Grande do Sul - LOTERGS”, conforme art. 1º do Decreto nº 40.593/2001, que altera os artigos 2º, criando o inciso XII e art. 3º, criando a alínea d” no inciso III. Decreto nº 37.297/1997, este último, que dispõe sobre a estrutura básica da Secretaria da Fazenda. Ainda no art. 1º do Decreto regulamentador, altera-se o art. 16 do Decreto nº 37.297/1997 para inserir as competências da LOTERGS.

A partir do art. 2º do Decreto nº 40.593/2001 são criadas as modalidades lotéricas: Bingo Tradicional Gaúcho, Videoloteria e Chances Múltiplas.

O art. 3º trata da exploração do serviço de loterias, que poderia ser direta ou indiretamente, mediante credenciamento e autorização ou concessão, sem prejuízo de outras espécies de loterias a serem criadas, além da Loteria Convencional, da Loteria Instantânea e da Loteria “On Line/Real Time”. No parágrafo único, reserva-se à LOTERGS a prerrogativa de exploração direta mediante contratação via procedimento licitatório de qualquer das loterias de que trata o Decreto, caso em que não seria concedido credenciamento para referida modalidade.

Os arts. 4º, 5º e 6º tratam de cobrança de taxas e outros valores, sua destinação e fiscalização.

Abaixo está o teor do **Decreto nº 40.593/2001**:

Art. 1º O Decreto nº 37.297, de 13 de março de 1997, que dispõe sobre a estrutura básica da Secretaria da Fazenda passa a vigorar com as seguintes alterações:

I - ao artigo 2º, caput, é dada nova redação e introduzido o inciso XII, conforme segue:

"Art. 2º - **A Secretaria da Fazenda**, nos termos do artigo 8º, inciso II, da Lei nº 10.356, de 10 de janeiro de 1995, e do artigo 18 da Lei nº 10.959, de 27 de maio de 1997, **atuará dentro das seguintes áreas de competência:**

I - (...)

.....

XII - administração do serviço público de loterias do Estado."

II - ao artigo 3º, inciso III, fica acrescentada a alínea "d" com a seguinte redação:

"d) Loteria do Estado do Rio Grande do Sul - LOTERGS."

III - fica acrescentado um artigo, que passa a ser o 16, para vigorar com a redação que segue, ficando os demais artigos renumerados na seqüência:

"Art. 16 - À Loteria do Estado do Rio Grande do Sul, responsável pela administração do serviço público de loterias do Estado, compete:

I - planejar, normatizar e explorar diretamente, ou, indiretamente, mediante credenciamento e autorização ou concessão, as diversas modalidades dos jogos lotéricos e de concursos de prognósticos no Estado;

II - cumprir e fazer cumprir as leis, os decretos, os regulamentos e as instruções normativas que regem a exploração dos serviços lotéricos e dos concursos de prognósticos no Estado;

III - programar, controlar e executar todos os serviços técnicos, administrativos e financeiros, vinculados às diversas modalidades de jogos lotéricos;

IV - realizar estudos, pesquisas e desenvolver novas tecnologias destinadas à instituição de novos projetos lotéricos e de concursos de prognósticos em geral;

V - regulamentar, através de instrução normativa, as novas modalidades lotéricas e os concursos de prognósticos existentes e os que vier a instituir;

VI - manter permanentes serviços de informação ao público sobre as diversas modalidades de loterias e os regulamentos correspondentes.

§ 1º - A Loteria do Estado do Rio Grande do Sul contará com funcionários integrantes ou não do Quadro de Pessoal Efetivo da Secretaria da Fazenda, conforme indicação de ser Titular, dentre os quais será indicado o Diretor, desde que este tenha formação de nível superior.

§ 2º - A Loteria do Estado do Rio Grande do Sul para o desenvolvimento das suas competências contará com a seguinte estrutura organizacional:

I - Divisão Técnico-Operacional:

- a) Seção de Credenciamento, Autorização e Fiscalização;
- b) Seção de Sorteios e Premiações;

II - Divisão Administrativo-Financeira:

- a) Seção de Administração e Expedição;
- b) Seção de Pagamentos e Contabilidade."

Art. 2º São instituídas na Loteria do Estado do Rio Grande do Sul as seguintes modalidades lotéricas:

I - Bingo Tradicional Gaúcho - comercialização de cartelas para sorteios de dezenas realizados em salas especiais, com distribuição de prêmios rateados em dinheiro ou prêmios bancados de bens duráveis;

II - Videoloteria - apostas realizadas em equipamentos individuais eletromecânicos ou eletrônicos, munidos de monitor de vídeo, contendo gerador aleatório de números, símbolos, figuras, cartas ou letras, com distribuição de prêmios em dinheiro;

III - Chances Múltiplas - comercialização de volantes para sorteios de dezenas realizados em datas e horários predefinidos, com distribuição de prêmios rateados em dinheiro ou prêmios bancados de bens duráveis.

Art. 3º A Loteria do Estado do Rio Grande do Sul poderá explorar diretamente, ou indiretamente, mediante credenciamento e autorização ou concessão, sem prejuízo de outras espécies de loterias que venham a ser criadas, além das referidas no artigo anterior, a Loteria Convencional (de extração de números), a Loteria Instantânea e a Loteria "On Line/Real Time".

Parágrafo único - Fica reservada à Loteria do Estado do Rio Grande do Sul a prerrogativa da exploração direta, mediante contratação via procedimento licitatório, de qualquer das loterias de que trata este Decreto, caso em que não será concedido credenciamento para a respectiva modalidade.

Art. 4º A Loteria do Estado do Rio Grande do Sul poderá cobrar dos seus credenciados ou autorizados, além das taxas previstas no Título VII da Tabela de Incidência anexa à Lei nº 8.109, de 19 de dezembro de 1985, "royalties", comissões, valores locativos de marcas e logomarcas ou qualquer outra forma de remuneração decorrente de credenciamentos, autorizações ou concessões de exploração de loterias e de concursos de prognósticos.

Art. 5º A receita com a taxa prevista no item 8 do Título VII da Tabela de Incidência anexa à Lei nº 8.109, de 19 de dezembro de 1985, será aplicada em propaganda institucional das loterias do Estado do Rio Grande do Sul.

Art. 6º Nos termos do parágrafo único do artigo 9º da Lei nº 8.109, de 19 de dezembro de 1985, fica delegada à Loteria do Estado do Rio Grande do Sul a competência para fiscalizar a Taxa de Serviços Diversos, relativamente aos itens 1 a 8 do Título VII da Tabela de Incidência anexa à referida Lei.

Parágrafo único - A fiscalização de que trata este artigo será exercida por servidores da Loteria do Estado do Rio Grande do Sul designados mediante portaria do seu Diretor.

Art. 7º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário, em especial os incisos XII e XIII do artigo 14 do Decreto nº 37.297, de 13 de março de 1997. (grifo nosso)

Passando ao **Decreto nº 40.635, de 13 de fevereiro de 2001**, este altera o art. 16, §1º do Decreto nº 37.297/1997, que foi alterado pelo decreto Decreto nº 40.593/2001 (descrito acima), bem como altera as modalidades previstas no art. 2º e 3º do Decreto nº 40.593/2001.

Art. 1º O § 1º do art. 16 do Decreto nº 37.297, de 13 de março de 1997, alterado pelo Decreto nº 40.593, de 16 de janeiro de 2001, passa a vigorar com a seguinte redação:

"§ 1º - A Loteria do Estado do Rio Grande do Sul contará com funcionários integrantes ou não do Quadro de Pessoal Efetivo da Secretaria da Fazenda, conforme indicação de seu Titular, dentre os quais será indicado o Diretor."

Art. 2º No Decreto nº 40.593, de 16 de janeiro de 2001, ficam procedidas as seguintes alterações:

I - é dada nova redação aos incisos I e III do art. 2º, conforme segue:

"I - Bingo Tradicional Gaúcho - comercialização de cartelas para sorteios de dezenas realizados em salas especiais, **com distribuição de prêmios em dinheiro, bens ou serviços;**"

(...)

"III - Chances Múltiplas - comercialização de volantes para sorteios de dezenas realizados em datas e horários predefinidos, **com distribuição de prêmios em dinheiro, bens ou serviços.**"

II - o "caput" do art. 3º passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 3º - A Loteria do Estado do Rio Grande do Sul poderá explorar diretamente, ou indiretamente, mediante credenciamento e autorização ou concessão, sem prejuízo de outras espécies de loterias que venham a ser criadas, além das referidas no artigo anterior, a **Loteria Estadual**, a Loteria Instantânea e a Loteria On Line/Real Time."

Art. 3º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário. (grifo nosso)

No art. 2º, portanto, fica alterada a forma de distribuição dos prêmios e, no art. 3º, altera-se o nome de "Loteria Convencional" para "Loteria Estadual".

Por fim, o **Decreto nº 40.765/2001** revoga o inciso II do art. 2º do Decreto nº 40.593/2001, ou seja, revoga as videoloterias.

Art. 1º Fica revogado o inciso II do art. 2º do Decreto nº 40.593, de 16 de janeiro de 2001.

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário. (grifo nosso).

Antes do julgamento da ADI 492, na sessão do dia 15/05/2019, o Relator indicou o adiamento do julgamento da presente ADI porque editada a Súmula Vinculante nº 2, que versa sobre a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias. Entende que não houve, em si, a disposição estadual sobre consórcio e sorteio, mas, sim, estruturação de serviço já existente, presente na Lei nº 6.893/1975. O julgamento foi retomado em 17/08/2020 quando, após o voto do Relator, o Ministro Gilmar Mendes pediu vista. Por fim, o julgamento foi concluído em 04/11/2020, após o julgamento da ADPF 492.

A Corte julgou improcedente o pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade, mas com ressalvas do ministro Dias Toffoli de que, partindo do julgamento das ADPFs 492 e 493 e da ADI 4986/MT, “temos que reconhecer a possibilidade de o Estado do Rio Grande do Sul explorar o serviço de loterias e regulamentá-lo, desde que, ao fazê-lo mediante a edição das normas ora impugnadas, não tenha desbordado dos limites estabelecidos pela legislação federal”.

II. QUESTIONAMENTOS E DEFESAS JURÍDICAS

a. Procurador-Geral da República

1. Afirma a inconstitucionalidade, sob ângulo formal, dos atos mencionados, considerando o art. 22, XX, da CF. Ao instituir tais normas, o legislador estadual versou sobre matéria reservada à competência privativa da União.
2. Foi atribuída ao Estado do Rio Grande do Sul a fiscalização e a exploração das seguintes espécies de jogos: “bingo tradicional, videoloteria, chances múltiplas, loteria estadual, loteria instantânea e loteria online”.
3. Segundo o precedente, quando do exame da ADI 1.169-MC, o Min. Rel. Ilmar Galvão asseverou que o termo “sorteios”, “na forma preconizada pelo constituinte originário, abrange toda e qualquer espécie de jogo cujo resultado dependa do acaso”.
4. Diante do art. 1º, do Decreto-Lei nº 204/1967, segundo o qual “a exploração de loteria, como derrogação das normas do Direito Penal, constitui serviço público exclusivo da União”, aponta violação ao art. 22, I, da CF, pois excluída a competência de outro ente federativo disciplinar sobre o tema.

5. Solicita a concessão da liminar para suspender a eficácia das normas impugnadas, sob o risco de continuidade da exploração da atividade das loterias estaduais, por meio da venda de bilhetes e da realização de sorteios, caso não sejam suspensas, o que caracterizaria situação irreparável ou de difícil reparação.

b. Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul

1. Afirma que a tramitação do processo legislativo pertinente à Lei nº10.959/1997 ocorreu de forma hígida e regular. Afirma pela improcedência do pedido veiculado na inicial, salientando a competência estadual alcança a exploração do serviço público de loterias.

c. Governador do Estado do Rio Grande do Sul

1. Assinala que a expressão “sorteios e consórcios”, contidas no artigo 22, inciso XX, da Constituição Federal, não abrange a atividade lotérica e descabe à União, por via transversa, valer-se da legislação penal para criminalizar a prestação de serviço público cuja atividade não lhe é reservada a exclusividade da exploração pela Constituição.

d. Advogado-Geral da União

1. Manifesta-se pela procedência parcial do pedido. A partir de precedentes da Corte, ressaltando a competência privativa da União para legislar sobre sistemas de sorteios, conforme art. 22, XX, da CF.
2. Ademais, ressalva a inexistência de inconstitucionalidade dos artigos referidos na lei questionada porquanto tais preceitos somente transferem ao Departamento da Receita Estadual, órgão vinculado à Secretaria da Fazenda do Estado, as atribuições de credenciar e fiscalizar os prestadores de serviço, na forma autorizada pelo art. 32, do Decreto-Lei 204/1967.

e. Procuradoria-Geral da República

1. Opina pela inconstitucionalidade dos preceitos impugnados, reiterando os fundamentos lançados na inicial.

III. ACÓRDÃO

Julgam improcedente o pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade, por entender que cabe à Advocacia-Geral da União a defesa do ato normativo impugnado, conforme art. 103, §3º, da Constituição Federal, bem como pela constitucionalidade de ato normativo estadual a respeito de loterias, pois compatível com a Carta da República a disciplina estadual a versar sobre serviço público de loteria.

IV. VOTOS E FUNDAMENTOS

a. Ministro Marco Aurélio

PRIMEIRO VOTO (Antes do julgamento da ADPF 492)

1. Diante da postura da Advocacia-Geral da União no sentido de acolher parcialmente o pedido formulado, o Relator observa que, conforme art. 103, §3º, da Constituição Federal, em processo objetivo, cumpre à AGU a defesa do texto impugnado, especialmente tendo como objeto norma estadual.
2. Em virtude da criação da Súmula nº 2, editada em 30 de maio de 2007, ressalvado seu entendimento pessoal, manteve o determinado no verbete e votou pelo reconhecimento da inconstitucionalidade, sob o ângulo formal, diante da assentada usurpação da competência legislativa. A inobservância da repartição de competências determinada pela Carta Constitucional implica em desprezo à autonomia política e funcional dos entes federativos, ou seja, fere o princípio federativo (art. 1º, caput, da CF e a cláusula pétrea, inscrita no art. 60, §4º, I, da CF).

SEGUNDO VOTO (Após o julgamento da ADPF 492)

1. Em razão do julgamento das ADPFs 492/493, em que decidiu-se pela não recepção dos artigos 1º e 32º do Decreto-Lei nº 204/1967, pela Constituição Federal de 1988, o Ministro Marco Aurélio reajustou seu voto para reafirmar o assentado na ADI 2.847, de relatoria do Min. Carlos Velloso, trazendo o seu voto daquela ocasião para este julgamento.
2. Exclui a possibilidade de conflito das normas atacadas com o art. 22, inciso I, da CF, pois elas não abrangem Direito Penal, não se editou legislação a revogar a Lei de Contravenções Penais e a circunstância de determinado Estado-membro disciplinar dada matéria não implica afirmar que tenha legislado em matéria penal. O que está a se examinar é a competência para legislar sobre loterias, visando ao seu

funcionamento, presente no art. 22, inciso XX, da CF. Estaria se falando em Direito Penal caso qualquer das leis mencionadas nesta ADI dispusesse sobre contravenção penal, excluindo-a do cenário jurídico.

3. A atividade de exploração de loterias é considerada como serviço público por definição legislativa desde o Decreto nº 21.143/1932 e os sucessivos Decretos-Leis sucessivos nºs 2.980/1941, 6.259/1944 e 204/1967. Entende, ainda, que o art. 1º, do Decreto-Lei 204/1967 teria criado o monopólio da União para exploração de loterias. Tal norma aponta um conflito com o princípio da autonomia estadual, uma vez que aos Estados são conferidos todos os poderes que explícita ou implicitamente não lhe sejam vedados (art. 25, §1º, da CF) e a Constituição Federal de 1988 não impede o funcionamento da loteria estadual e nem atribui esse serviço à União, exclusivamente. Cabe aos Estados-membros a administração dos próprios serviços e a competência de criá-los conforme a opção política. Se a União pudesse, via lei ordinária, tornar exclusivo um serviço público que a CF não proíbe os Estados de realizar, a autonomia destes estaria no seu fim, pois, via lei comum, poderia estabelecer exclusividade da União em serviços públicos, hoje, concorrentes ou de exclusividade estadual. Somente à Constituição Federal cabe restringir a autonomia dos Estados membros. Ademais, a Carta atual mostra-se taxativa quanto aos setores ou atividades em que se tem monopólio estatal deferido exclusivamente à União.
4. As loterias submetem-se ao sistema de sorteios, todavia, entende que os vocábulos “consórcio” e “sorteio” previstos no art. 22, XX, da CF jamais englobaram o serviço lotérico. Segundo ele, a CF não prevê a competência da União para legislar sobre loterias e o texto do inciso XX trata dos sorteios que se façam ligados a atividade financeira assemelhada a consórcios.
Ainda, a CF, quando se refere à modalidade de loterias, utiliza a expressão “curso de prognósticos” (art. 195, III, da CF), mesmo termo utilizado na Lei nº 6.717, de 12 de novembro de 1979, no que autorizou a Caixa Econômica a realizar, como modalidade da Loteria Federal regida pelo Decreto-Lei 204/1967.
Afirma que, diante de possíveis desvirtuamentos de objetivo verificados nos bingos, uma espécie de loteria, que também depende de sorteio para obter-se o prêmio, confundiu-se os conceitos, colocando em risco todo o sistema de loterias estaduais, ao emprestar o art. 22, XX, da CF alcance incompatível com o fato de viver-se em uma Federação, que pressupõe, necessariamente, reserva e manutenção, aos entes federados, da disciplina normativa dos serviços públicos que resolvam prestar. Entende que o remédio para desvios de conduta porventura existentes nos bingos não deve ser assim, tratando-se de um retrocesso constitucional.
5. Assim, julga improcedente a ADI por entender que o art. 22, XX, da CF não trata da competência exclusiva da União para legislar sobre loterias, pois isto acabaria por

colocar as diversas loterias estaduais na clandestinidade, ressaltando que não estaria, aqui, tratando apenas da espécie “bingo”, mas de todo o gênero loteria.

b. Ministro Gilmar Mendes (voto-vista)

1. Reproduziu o voto proferido nas ADPFs 492 e 493 e na ADI 4986, com mínimas adaptações, de todo aplicáveis ao presente caso.

As ADPFs supracitadas pugnam pelo reconhecimento de:

- i. violação da autonomia dos Estados e desestabilizado o Pacto Federativo, ao restringir a capacidade de estruturação e organização financeira desses entes em favor da União, impedindo a exploração de tal modalidade de serviço pelos Estados, com impacto negativo às suas economias e ao financiamento de ações sociais;
- ii. criação monopólio de serviço público concorrencial para a União, não previsto na Constituição Federal;
- iii. conferir tratamento diferenciado aos Estados que possuíam loterias na data de 27.2.1967 (13 Estados, no total), em relação àqueles que não exploravam o serviço (12 Estados e o Distrito Federal) naquele marco temporal, com violação ao princípio da isonomia entre entes federativos.

Pedem o reconhecimento de violação aos preceitos fundamentais mencionados, bem como, pela declaração da não recepção dos arts. 1º, 32, caput e §1º, do Decreto-Lei 204/1967 pela Constituição Federal de 1988, garantindo, assim, a competência político-administrativa ao Estados-membros, para explorar os serviços de loterias em seus territórios, observada a competência privativa da União para legislar sobre o tema.

Enquanto isso, esta ADI 3050, bem como a ADI 4986, buscam infirmar as legislações estaduais que versaram sobre a exploração das loterias estaduais.

2. Afirma que desde a primeira consolidação legislativa federal sobre o tema “sempre foi aceita juridicamente a convivência legal da exploração de loterias pela União e pelos Estados”. E mesmo quando a União optou por restringir a exploração de loterias à modalidade direta no âmbito federal, em 1961, permaneceu lícita a exploração de loterias pelos Estados, inclusive por meio de delegação.

Assim, ainda que a União tenha assumido a edição de leis gerais sobre o tema, a legislação federal não se furtou a reconhecer a competência material dos Estados para explorar o referido serviço.

Segundo o Ministro, a questão a ser analisada é se estava ao alcance do legislador ordinário reverter a tradição de exploração concomitante federal e estadual das loterias, o que, segundo ele, perpassaria pelo desvendamento da natureza jurídica da exploração da atividade lotérica.

3. As reflexões havidas na jurisprudência e na doutrina acerca das atividades lotéricas são exploradas a partir da dicotomia tradicional do Direito Econômico, que segrega o regime das chamadas atividades econômicas em sentido estrito daquele atribuído aos serviços públicos, sendo as loterias enquadradas como típicas atividades de serviço público, tendo o legislativo atribuído a essas atividades, desde 1932, o regime jurídico de Direito Público. A previsão consta expressa no Decreto-Lei 6.259/1944 e no Decreto-Lei 204/1967.

O enquadramento da exploração lotérica como serviço público leva à possibilidade de o legislador autorizar a prestação deste serviço na modalidade indireta, via concessão ou permissão, conforme previsão do art. 175, da Constituição Federal, desde que observado o princípio da licitação. Opção esta que foi exercida pelo legislador do Decreto-Lei 2.980/1941, quando se passou a permitir a exploração do serviço da loteria a concessionários de comprovada idoneidade moral e financeira (art. 2º).

Ainda hoje, o Decreto-Lei 6.259/1944 continua a permitir a concessão de atividade lotérica tanto no âmbito da União quanto no âmbito dos Estados.

A partir desse entendimento, afirma o Ministro que cabe investigar se o Decreto-Lei 204/1967, ao restringir a exploração de loterias à União, resultou, ou não, em inconstitucionalidade. Ou seja, se a legislação ordinária federal pode restringir a titularidade de um serviço público a tal ou qual ente federativo, na ausência de resposta constitucional expressa.

4. Assim como a Constituição de 1988, a Constituição de 1946, vigente quando editado o Decreto-Lei 204/1967, não havia previsão no texto constitucional que atribuísse exclusivamente à União o exercício das atividades lotéricas ou a exploração de concursos de prognósticos ou sorteios. A Constituição de 1967 e a Emenda Constituição de 1969 também não fizeram tal previsão. Mantiveram-se reservados aos Estados todos os poderes que, implícita ou explicitamente não lhes eram vedados pela Carta Maior.

Salienta que referido Decreto-Lei 204/1967 havia sido elaborado em contexto de exceção, tendo por fundamento jurídico o parágrafo 2º do art. 9 do Ato Institucional 4/66, que convocou extraordinariamente o Congresso Nacional para discussão, votação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo então Presidente, Humberto Castello Branco, que levou à Constituição de 1967 e citava expressamente o art. 30, do Ato Institucional 2/1965, afirmando que o Presidente da República poderia editar decretos-leis sobre matéria de segurança nacional.

Nessa toada, o Decreto-Lei 204/67 teve como motivação a salvaguarda da integridade da vida social e o impedimento do surgimento e proliferação de jogos proibidos suscetíveis a atingir a segurança nacional.

Entende o Ministro que, considerando referido contexto constitucional, **houve, sim, violação à competência material dos Estados ao se restringir o serviço público de loterias à titularidade da União**. Ademais, quando o constituinte quis atribuir

exclusividade à União para a prestação de determinados serviços públicos, o fez de forma **expressa**, como no art. 21, incisos X, XI e XII da Constituição Federal de 1988.

5. Esclarece a discussão de que a União não teria direito à exploração das loterias exclusivamente porque ausente tal previsão no art 177, da CF. Contudo, salienta que a discussão da presente ação seria saber se a Carta Constitucional teria conferido um regime de privilégio na exploração do serviço de loteria, pois o art. 177, da CF trata da exploração de atividades econômicas em sentido estrito e é taxativo, não sendo relevante para a questão jurídica ora enfrentada.

Ademais, quanto ao argumento trazido pela União de que este caso se aproximaria da discussão sobre o privilégio da União na exploração dos serviços de correios e telégrafos, este também carece de tecnicidade. Isto pois, embora os serviços de correios e de telégrafos sejam considerados serviços públicos, assim como das atividades lotéricas, o regime de privilégio em relação aos serviços de correio e telégrafo só foi considerado compatível com a CF/1988 por esta Corte no paradigmático julgamento da ADPF 46 porque ali entendeu esta Corte que o art. 21, inciso X, atribuía a prestação da atividade à União.

Ao aplicar a *ratio decidendi* da ADPF 46 à discussão das loterias, o que se deve indagar é se o texto constitucional, em algum momento, atribuiu à União a exploração ou o dever de manutenção das atividades lotéricas, cuja resposta é negativa.

A previsão constitucional no art. 25, §1º, bem como o art. 13, § 1º da Constituição de 1967 e, ainda, a Constituição de 1946, art. 18, § 1º, é de que são reservados aos Estados as competências que não lhes foram vedadas pelas referidas Cartas Constitucionais. Diante disso, não há como uma lei federal restringir a competência material de exploração de serviço público a determinado ente federativo, sob pena de violação dos pilares do federalismo.

6. O Ministro ressalta que “**não pode uma legislação federal impor a qualquer ente federativo restrição à exploração de serviço público para além daquelas já previstas no texto constitucional.**”
7. Quanto à mudança de entendimento pela Corte, o Ministro afirma que por muito tempo o STF decidiu o tema discutindo a competência legislativa para regulamentar as atividades de loterias, quando, na verdade, se estaria a discutir a competência administrativa, ou seja, material, de execução de um serviço público. E, diante disso, “não se pode inferir do texto constitucional a possibilidade de a União, por meio de legislação infraconstitucional, excluir outros Entes Federativos da exploração de atividade econômica (serviço público) autorizada pela própria Constituição”.
- Este cenário cria um desequilíbrio em favor da própria União, não autorizado pelo art. 19, III, da CF. Ademais, não lhe foi atribuída tal autoridade pela Constituição, configurando verdadeiro abuso de competência de legislar, restringindo os demais

entes federados de forma irrazoável e anti-isonômica, impedindo o acesso a recursos cuja destinação é a manutenção da seguridade social, como previsto no art. 195, III, da CF/1988.

8. A não atribuição à União de tal exclusividade e a não proibição expressa ou implícita do funcionamento de loterias estaduais atrai a competência residual dos Estados, prevista no art. 25, §1º da CF, preservando a forma federativa de Estado.
9. A situação anti-isonômica se torna mais latente quando o Decreto 204/1967 possibilita a exploração dos serviços lotéricos por alguns Estados, apenas, ao passo que proíbe a outros. Distinções entre entes federados são toleradas desde que previstas em texto constitucional, mas nunca via norma infraconstitucional.
10. Esclarece que, de fato, o STF tem reiteradas decisões reafirmando a competência legislativa privativa da União para dispor sobre a matéria. Tal entendimento, inclusive, levou à edição da Súmula Vinculante nº 2. Contudo, entende que nem a tese de violação ao art. 22, inciso XX, e nem de violação ao inciso I do mesmo artigo, da Constituição Federal, precluem a competência material dos Estados de explorar serviços públicos de loterias. Mas, antes, exige-se um equacionamento da competência legislativa da União para estabelecer as diretrizes nacionais da prestação de tais serviços. (p. 47)
A Súmula Vinculante n. 2 “não trata da competência material dos Estados de instituir loterias estaduais dentro das balizas federais, ainda que tal materialização tenha expressado através de decretos ou leis estaduais, distritais ou municipais”. (p. 54)

11. Quanto à interpretação da expressão “sorteios”, prevista no art. 22, XX, da CF, o Ministro entende que este termo tem potencial amplo de abarcar a exploração das atividades lotéricas. Contudo, tal competência legislativa não preclui a exploração material do serviço pelos Estados, diante da diferença entre competência legislativa e competência material.
Legislações estaduais (ou municipais) que instituem loterias em seus territórios estariam apenas veiculando competência material concedida pela Constituição de 1988.

Compara o presente cenário à situação dos serviços de água e esgoto, em que a exploração do serviço público de saneamento básico foi atribuída aos municípios ou regiões metropolitanas, e isso não afasta a competência privativa da União para legislar sobre águas (art. 22, IV, da CF).

No caso das loterias, já existe uma legislação federal que disciplina a prestação desse serviço no âmbito dos estados. O Decreto-Lei 204/1967 estabeleceu um monopólio fictício da União, mas não revogou o Decreto 6.259/1944, que dispunha sobre o funcionamento das loterias federais e estaduais. O Decreto-Lei 204/1967, manteve

as lotéricas estaduais já existentes e previu que essas loterias estaduais continuariam sob a regência da legislação anterior, como previsto em seu art. 33¹.

Desta forma, o entendimento da Corte de não recepção do art. 1º, do Decreto-Lei 204/1967 pela Constituição Federal de 1988 não gera consequências além da extensão do regime jurídico das loterias estaduais hoje existentes aos Estados que tiveram a possibilidade de exploração deste serviço público proibida pela norma impugnada.

12. Normas estaduais (sejam leis ou decretos) apenas ofenderiam a Constituição se instituíssem disciplina ou modalidade de loteria não prevista pela União para si mesma, pois, nesta hipótese a legislação estadual (municipal ou distrital) estaria se afastando do caráter materializador do serviço público de que seria titular, tornando-se incompatível com o art. 22, inciso XX, da Constituição de 1988.

13. Quanto ao argumento de violação ao art. 22, inciso I, por legislar sobre Direito Penal, referida tese teria sido construída a partir da interpretação histórica da Lei de Contravenções Penais do artigo 51, que afirma ser contravenção “promover ou fazer extrair loteria, sem autorização legal”.

Contudo, não se pode extrair da referida norma uma interpretação que torne toda e qualquer norma sobre loterias uma legislação penal.

Além disso, **“a proibição penal contida na Lei de Contravenções não incide - e jamais incidiu - sobre a exploração em si de atividade lotérica”.**

A proibição seria apenas para exploração lotérica sem autorização legal, portanto, como existe lei permite loteria estadual, não há como se manter uma interpretação normativa de que o exercício de atividade pública seja considerado contravenção penal.

14. Diante de todo o exposto, as normas do Rio Grande do Sul questionadas na presente ADI são constitucionais, uma vez que, confrontando tais normas com a disciplina aplicada pela União às suas próprias loterias - art. 14 e seguintes da Lei 13.756/2018 e Lei 13.345/2006 e o Decreto-lei 6.259/1944 - não há disciplinamento estadual que supere o previsto em âmbito federal. (p. 57)

Tais normas veiculam “meras disposições adaptativas da prestação do serviço público de loterias aos respectivos estados, não desbordando, portanto, da disciplina legislativa da União prevista a si mesma”. (p. 58)

c. Ministro Dias Toffoli

¹ Decreto-Lei 204/1967: “art. 33. No que diz não colidir com os termos do presente Decreto-lei, as loterias estaduais continuarão regidas pelo Decreto-lei nº 6.259, de 10 de fevereiro de 1944”.

1. Fez um aparte ao presente julgamento, sob pena de ser firmada posição que vá além do adotado no julgamento das ADPF nºs 492 e 493 e da ADI nº 4.986. Partindo das premissas estabelecidas no referido julgamento, reconhece a possibilidade de o Estado do Rio Grande do Sul explorar o serviço de loterias e regulamentá-lo, desde que, ao fazê-lo mediante a edição das normas ora impugnadas, não tenha desbordado dos limites estabelecidos pela legislação federal.

2. Sobre o ponto, apresentou trechos do voto do Ministro Gilmar Mendes nesta ADI:

As legislações estaduais (ou municipais) que instituam loterias em seus territórios veiculam, tão somente, a competência material que lhes foi franqueada pela Constituição, ou seja, tais normas, sejam decretos ou leis, apenas ofenderiam a Carta se instituíssem disciplina ou modalidade de loteria não prevista pela própria União para si mesma.

Portanto, conclui-se que a competência da União para legislar exclusivamente sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive loterias, não obsta a competência material para exploração de tais atividades pelos estados e municípios.

Ressalta que não está superada a Súmula Vinculante nº 2, pois este julgamento somente tratou de precisar o alcance dos seus termos, conforme seus precedentes de suporte. Isso quer dizer que seu enunciado e os precedentes que a fundamentaram elucidaram que a disposição legal ou normativa vedada aos Estados e ao Distrito Federal é aquela que inova e, portanto, legisla sobre o tema de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias. Esta Súmula, bem como o art. 22, XX, da Constituição, não tratam da competência material dos Estados de instituir loterias dentro das balizas federais, ainda que tal materialização ocorra via decretos ou leis estaduais, distritais ou municipais.

Confrontando as normas do Estado do Rio Grande do Sul, atacadas nesta ADI 3050, com o que disciplina a União sobre as suas próprias loterias (art. 14 e seguintes da Lei 13.756, de 2018; Lei 13.345, de 2006) e ainda com o Decreto-lei 6.259/1944, constata não haver nenhuma norma estadual que supere o que previsto em âmbito federal, pois veiculam meras disposições adaptativas da prestação do serviço público de loterias ao respectivo estado, não desbordando, portanto, da disciplina legislativa da União prevista a si mesma. Assim, não foi reconhecida qualquer inconstitucionalidade nas normas citadas.

V. PERCEPÇÃO E ANÁLISE DO CASO

Este acórdão demonstra a consolidação do novo entendimento da Corte sobre a temática das legislações estaduais que versam sobre a atividade de loterias, ao aplicar o que foi decidido nas ADPFs 492/493 e ADI 4986.

É uma ação que tem por relator o Ministro que foi, desde a ADI 2847, voto vencido, por entender a constitucionalidade das leis, Marco Aurélio. O Min. Gilmar Mendes, Relator das referidas ADPFs, que havia pedido vista nesta ação, trouxe, então, o voto semelhante ao realizado anteriormente, para esta sessão.

Por fim, o Ministro Dias Toffoli, para que não restasse dúvidas sobre qual seria o novo entendimento da Corte (muito provavelmente porque o Marco Aurélio, apesar de entender pela constitucionalidade das normas, ainda ter mantido uma fundamentação que não era a mesma consolidada na ADPF 492) aponta certamente qual foi a mudança de entendimento e como passaria a vigorar a jurisprudência da Corte acerca do assunto, bem como os novos contornos da Súmula vinculante nº 2, conforme o entendimento firmado no julgamento da ADPF 492.

VI. COMO AFETA AS LOTERIAS ESTADUAIS?

Esta ação trata de normas estaduais que versam sobre a execução dos serviços de loterias e consolida o entendimento de que, seguindo a normativa federal, é possível estruturar as loterias estaduais, trazendo, portanto, maior segurança jurídica para que os estados estruturem as suas loterias.

É interessante observar que as normas questionadas tratam de assuntos importantes como as modalidades de loterias, a cobrança de taxas e demais valores dos seus credenciados ou autorizados, bem como a destinação desta receita e todas elas foram consideradas constitucionais. Servem, portanto, como embasamento para a estruturação de legislações regulamentadoras nos demais estados da Federação.

Esta ação traz importantes contornos ao entendimento da Corte sobre as loterias estaduais ao determinar, segundo o voto do Min. Gilmar Mendes que as normas do Rio Grande do Sul questionadas na presente ADI são constitucionais, uma vez que, confrontando tais normas com a disciplina aplicada pela União às suas próprias loterias - art. 14 e seguintes da Lei 13.756/2018 e Lei 13.345/2006 e o Decreto-lei 6.259/1944 - não há disciplinamento estadual que supere o previsto em âmbito federal.

Tais normas veiculam “meras disposições adaptativas da prestação do serviço público de loterias aos respectivos estados, não desbordando, portanto, da disciplina legislativa da União prevista a si mesma”. (p. 58)

O Min. Dias Toffoli também constata não haver nenhuma norma estadual que supere o que previsto em âmbito federal, pois veiculam meras disposições adaptativas da prestação do serviço público de loterias ao respectivo estado, não desbordando, portanto, da disciplina legislativa da União prevista para si mesma. Assim, não foi reconhecida qualquer inconstitucionalidade nas normas citadas. Isso significa que toda a legislação aqui analisada e tida como constitucional pode servir como apoio para o entendimento do que estaria dentro das balizas federais, segundo a Corte.

VII. LEGISLAÇÕES CITADAS

PROCESSO	ANO	EXPLICAÇÃO	CITAÇÃO
Decreto nº 21.143	1932	Regula a extração de loterias.	Marco Aurélio
Decreto-Lei nº 2.980	1941	Consolida as disposições sobre o serviço de loterias e dá outras providências.	Marco Aurélio
Decreto-Lei nº 204	1967	Dispõe sobre a exploração de loterias e dá outras providências.	Marco Aurélio
Decreto-Lei nº 3.688	1941	Lei das Contravenções Penais	Marco Aurélio
Decreto-Lei nº 6.259	1944	Dispõe sobre o serviço de loterias, e dá outras providências.	Marco Aurélio
Lei Estadual nº 2.055 (Rio de Janeiro)	1993	Dispõe sobre alíquotas do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços-icms. E dá outras providências.	Marco Aurélio
Lei nº 5.768	1971	Abre a legislação sobre distribuição gratuita de prêmios, mediante sorteio, vale-brinde ou concurso, a título de propaganda, estabelece normas de proteção à poupança popular, e dá outras providências.	Marco Aurélio
Lei nº 6.717	1979	Autoriza modalidade de concurso de prognósticos da Loteria Federal regida pelo Decreto-lei nº 204, de 27 de fevereiro de 1967, e dá outras providências.	Marco Aurélio
Lei nº 8.672	1993	Lei Zico - Institui normas gerais sobre desportos e dá outras providências.	Marco Aurélio
Lei nº 9.615	1998	Lei Pelé - Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências.	Marco Aurélio
Medida Provisória nº	2004	Institui o cruzeiro, dispõe sobre a liquidez dos ativos financeiros, e dá outras providências.	Marco Aurélio

168			
Medida Provisória nº 2.216-31	2001	Altera dispositivos da Lei no 9.649, de 27 de maio de 1998, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.	Marco Aurélio

VIII. JURISPRUDÊNCIA CITADA

DOCUMENTO NORMATIVO	ANO	EXPLICAÇÃO	CITAÇÃO
ADI 2847	2004	Lei Distrital que regulamenta loterias.	Marco Aurélio
ADI 3183	2007	Legislação estadual pertinente à exploração de atividade lotérica - discussão sobre a competência para legislar sobre o tema.	Marco Aurélio
ADI 3277	2007	L. est. 7.416, de 10 de outubro de 2003, do Estado da Paraíba, que dispõe sobre serviço de loterias e jogos de bingo: inconstitucionalidade formal declarada, por violação do art. 22, XX, da Constituição Federal,	Marco Aurélio
ADPF 337	2018	Impugnada lei municipal em face do sistema constitucional de repartição de competências legislativas, mostra-se adequada a arguição considerado o atendimento à subsidiariedade do instrumento. Sistema de consórcios e sorteios – artigo 22, inciso xx, da constituição federal – competência legislativa privativa da União – ofensa a preceito fundamental – princípio federativo.	Marco Aurélio



FICHAMENTO E RESENHA

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 634.764. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento 08 de junho de 2020, publicado em 01 de julho de 2020. Disponível em: paginador.jstf.jus.br

SUMÁRIO

I. SÍNTESE DO CASO	2
II. QUESTIONAMENTOS E DEFESAS JURÍDICAS	2
Jockey Club Brasileiro	2
III. ACÓRDÃO	3
IV. VOTOS E FUNDAMENTOS	3
Gilmar Mendes - Relator	3
Marco Aurélio	8
Alexandre de Moraes	9
V. PERCEPÇÃO E ANÁLISE DO CASO	11
VI. COMO AFETA AS LOTERIAS ESTADUAIS?	11
VII. LEGISLAÇÕES CITADAS	13
VIII. JURISPRUDÊNCIA CITADA	14

I. SÍNTESE DO CASO

O Jockey Club Brasileiro impetrou Mandado de Segurança requerendo o reconhecimento de seu direito líquido e certo ao não pagamento de Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN incidente sobre suas apostas, mesmo após dedução dos valores dos prêmios rateados aos apostadores.

A Sentença julgou improcedente os pedidos. Em segundo grau, o Tribunal de origem confirmou a sentença.

Em Recurso Extraordinário, foi reconhecida a repercussão geral da matéria (tema 700).

Segundo o Relator, são duas questões constitucionais a serem examinadas na presente ação:

- a. A constitucionalidade da incidência de ISS sobre exploração da atividade de apostas, tais como a venda de bilhetes, pules ou cupons de apostas, nos moldes do previsto no item 19 da Lista de Serviços Anexa à Lei Complementar 116/2003¹ e na legislação anterior, o Decreto-Lei 406/1968, itens 60 e 61, conforme redação dada pela Lei Complementar 56/1987².
- b. Estando a atividade de exploração de jogo compreendida no conceito de serviço, a base de cálculo do tributo pode incluir o valor integral da aposta ou deve recair apenas sobre o valor dos bilhetes ou ingressos ou ainda sobre outra base tributável.

II. QUESTIONAMENTOS E DEFESAS JURÍDICAS

a. Jockey Club Brasileiro

1. Afirma que a venda de pules só deve ser tributada quando houver a intermediação de terceiros e não há que se falar em prestação de serviço quando o próprio Jockey efetua as vendas.
2. Salaria que a base de cálculo constante da Instrução Normativa nº 2/1990 da Secretaria Municipal de Finanças viola o art. 146, III, “a”, da Constituição de 1988, pois a base de cálculo deve ser definida em lei e, além disso, o “valor do pule não é o valor do serviço, mas sim o valor do jogo”.
3. O termo “diversões públicas” presente no item 60 da Lei Complementar nº 56/1987 tem como fato gerador o preço do ingresso e não o preço das apostas. Deste modo, seria errôneo tributar com a incidência sobre o movimento das apostas.

¹ “19 – Serviços de distribuição e venda de bilhetes e demais produtos de loteria, bingos, cartões, pules ou cupons de apostas, sorteios, prêmios, inclusive os decorrentes de títulos de capitalização e congêneres. 19.01 - Serviços de distribuição e venda de bilhetes e demais produtos de loteria, bingos, cartões, pules ou cupons de apostas, sorteios, prêmios, inclusive os decorrentes de títulos de capitalização e congêneres”.

² “60. Diversões públicas: a) (Vetado)(Vetado), cinemas, (Vetado)(Vetado), taxi dancings e congêneres; b) bilhares, boliches, corridas de animais e outros jogos; c) exposições, com cobrança de ingresso; d) bailes, shows, festivais, recitais e congêneres, inclusive espetáculos que sejam também transmitidos, mediante compra de direitos para tanto, pela televisão ou pelo rádio; e) jogos eletrônicos; f) competições esportivas ou de destreza física ou intelectual com ou sem a participação do espectador, inclusive a venda de direitos à transmissão pelo rádio ou pela televisão; g) execução de música, individualmente ou por conjuntos (Vetado)(Vetado); 61. Distribuição e venda de bilhete de loteria, cartões, pules ou cupões de apostas, sorteios ou prêmios;”

4. A venda de pules trata-se de renda tributável pelo Imposto de Renda, não pelo ISSQN, havendo, portanto, violação tributária da União, contrariando o art. 153, III, da CF/88.
5. A Lei nº 7.291/1984 (Lei do Turfe) vincula 99% da receita do Jockey às despesas com atividades turfísticas, assim, a incidência do ISSQN sobre todo o valor recebido viola os princípios da capacidade contributiva e da vedação do confisco.

III. ACÓRDÃO

Apreciando o tema 700 da repercussão geral, dão parcial provimento ao recurso extraordinário para declarar a possibilidade de incidência de ISS sobre exploração de atividade de apostas, sendo a base de cálculo, o valor a ser remunerado pela prestação do serviço. Inconstitucionalidade da tributação do valor total da aposta.

O voto base foi o do relator, Gilmar Mendes, que pode ser sintetizado da seguinte forma:

- A distribuição e venda de apostas é considerada serviço, portanto, é constitucional a incidência de ISS sobre ela. Além disso, a base de cálculo é sobre o preço do bilhete de aposta, não sobre o valor total da aposta, uma vez que esta representa renda, sobre a qual incide outro tipo de imposto, o Imposto de Renda, tributado pela União.

IV. VOTOS E FUNDAMENTOS

a. Gilmar Mendes - Relator

1. Segundo o Relator, são duas questões constitucionais a serem analisadas e discutidas no presente julgado:

- i. A constitucionalidade da incidência de ISS sobre exploração da atividade de apostas, tais como a venda de bilhetes, pules ou cupons de apostas, nos moldes do previsto no item 19 da Lista de Serviços Anexa à Lei Complementar 116/2003³ e na legislação anterior, o Decreto-Lei 406/1968, itens 60 e 61, conforme redação dada pela Lei Complementar 56/1987⁴.

³ “19 – Serviços de distribuição e venda de bilhetes e demais produtos de loteria, bingos, cartões, pules ou cupons de apostas, sorteios, prêmios, inclusive os decorrentes de títulos de capitalização e congêneres. 19.01 - Serviços de distribuição e venda de bilhetes e demais produtos de loteria, bingos, cartões, pules ou cupons de apostas, sorteios, prêmios, inclusive os decorrentes de títulos de capitalização e congêneres”.

⁴ “60. Diversões públicas: a) (Vetado)(Vetado), cinemas, (Vetado)(Vetado), taxi dancings e congêneres; b) bilhares, boliches, corridas de animais e outros jogos; c) exposições, com cobrança de ingresso; d) bailes, shows, festivais, recitais e congêneres, inclusive espetáculos que sejam também transmitidos, mediante compra de direitos para tanto, pela televisão ou pelo rádio; e) jogos eletrônicos; f) competições esportivas ou de destreza física ou intelectual com ou sem a participação do espectador, inclusive a venda de direitos à transmissão pelo rádio ou pela televisão; g) execução de música, individualmente ou por conjuntos

- ii. Estando a atividade de exploração de jogo compreendida no conceito de serviço, a base de cálculo do tributo pode incluir o valor integral da aposta ou deve recair apenas sobre o valor dos bilhetes ou ingressos ou ainda sobre outra base tributável.
2. O Relator apresenta o panorama histórico da jurisprudência do STF sobre a discussão quanto à incidência de ISS sobre atividades de apostas através de dois julgados, ambos proferidos no ano de 1981, portanto, antes da outorga de nossa atual Constituição Federal. Em ambos, prevaleceu o entendimento de que seria constitucional a incidência de ISS sobre a exploração de apostas, seguindo a “orientação da admissibilidade da incidência da exação sobre os ingressos vendidos aos frequentadores dos hipódromos, mas ilegítima a pretensão do Município de tributar a renda das apostas ou proventos das sociedades mantenedoras dos hipódromos, por ser tal ato da competência tributária da União.” São eles:

- i. RE 74.849, Rel. Ministro Décio Miranda, DJ 20.2.1981, Segunda Turma

“INCIDÊNCIAS TRIBUTARIAS SOBRE CORRIDAS DE CAVALO. II-E LEGÍTIMA A COBRANÇA DO ISS SOBRE OS INGRESSOS VENDIDOS AOS FREQUENTADORES DOS HIPODROMOS, POREM, E ILEGÍTIMA A PRETENSÃO DO MUNICÍPIO DE TRIBUTAR A RENDA DAS APOSTAS OU PROVENTOS DAS SOCIEDADES MANTENEDORAS DOS HIPÓDROMOS, POR SER TAL DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA DA UNIÃO. III- RE CONHECIDO E PROVIDO, EM PARTE, PARA EXCLUIR A PRETENSÃO DO AUTOR DE HAVER PARTICIPAÇÃO SOBRE A RENDA LÍQUIDA DA SOCIEDADE MANTENEDORA DO HIPÓDROMO”.

- ii. RE 74.506, Rel. Ministro Leitão de Abreu, DJ 13.2.1981, Segunda Turma

“Imposto sobre serviços. Sociedade turística. Movimento geral de apostas. Ilegalidade da incidência do tributo, pois legítima apenas a cobrança sobre os ingressos vendidos aos frequentadores. Precedente: RE 74.849. Recurso extraordinário conhecido e provido”.

(Vetado)(Vetado); 61. Distribuição e venda de bilhete de loteria, cartões, pules ou cupões de apostas, sorteios ou prêmios;”

Portanto, pode-se afirmar que historicamente, a Corte considera legítima a incidência de ISS sobre atividade de apostas, desde que a base de cálculo esteja limitada ao valor do ingresso.

3. Passando-se ao conceito de “serviço”, o Relator salienta que em diversas oportunidades, a Corte discutiu a inclusão de determinadas atividades ao conceito de serviço para efeitos tributários, como no caso dos programas de computador (RE 176.626, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 11.12.1998), das operações de *leasing* (RE 592.905, Rel. Min. Eros Grau DJ 05.03.2010), bem como das locações de bens móveis (RE 116.121, Rel. Min. Octavio Gallotti, redator para o acórdão Min. Marco Aurélio, DJ 25.05.2001

Destaca, ainda, a distinção entre as obrigações de dar e as obrigações de fazer, pois a qualificação de “serviço” como negócio jurídico envolve a prática de atos que consubstanciam um *praestare* ou um *facere* dentre os elementos essenciais que compõem a sua estrutura material. Apesar de entender que esta clássica distinção nem sempre será suficiente para enquadrar determinada atividade no conceito de serviço de qualquer natureza, afirma que o presente caso, é válido utilizá-la para justificar a incidência de ISS sobre as apostas. Isto porque os serviços de distribuição e venda de bilhetes e demais produtos de loterias, bingos, cartões, pules ou cupons de apostas enquadram-se perfeitamente no conceito de que serviços são “o resultado da atividade humana na criação de um bem que não se apresenta sob a forma de bem material”. (MORAES, Bernardo Ribeiro. Doutrina e prática do ISS. São Paulo: RT, 1975, p. 82). São uma atividade humana prestada com finalidade econômica, havendo um trabalho prestado em favor de terceiro. Diante de tal conclusão, o Relator reafirma a jurisprudência da Corte sobre a matéria.

Confirmada a constitucionalidade da incidência de ISS sobre a exploração da atividade de apostas, tais como a venda de bilhetes, pules ou cupons de apostas, nos moldes do item 19 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar 116/2003 e no Decreto-Lei 406/1968 (legislação anterior), nos itens 60 e 61, conforme redação dada pela Lei Complementar 56/1987.

4. Passando para a questão da base de cálculo do tributo, tem-se que a base de cálculo do ISS está prevista no art. 7º da lei Complementar 116/2003 como sendo o **preço do serviço**. Da leitura dos dispositivos legais (item 19 da Lista de Serviços Anexa à Lei Complementar 116/2003 e itens 60 e 61 do Decreto-Lei 406/1968) fica claro que o serviço que o ISS pretende tributar é o de distribuição e venda de bilhetes e demais produtos de loterias, bingos, cartões, pules ou cupons de apostas, sorteios e prêmios. Logo, **a sua base de cálculo deve ser o valor pago pela prestação dos referidos serviços, logo, o valor do bilhete ou ingresso, e não o valor total da aposta, uma vez que esta representa renda.**

A lógica deste raciocínio, segundo o Relator, é que o valor do bilhete ou ingresso remunera a prestação de serviço enquanto que o valor da aposta representa a renda do ganhador.

5. Além disso, o Ministro salienta a existência de limites a serem observados na atividade legislativa ao determinar a incidência de ISS. Alguns deles são:
- i. Necessidade expressa, prevista no art. 156, II, da CF, de excluir da incidência de ISS as operações relativas à circulação de mercadorias e prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, pois estes se submetem ao ICMS;
 - ii. A tributação é apenas sobre serviços. Assim sendo, apesar de haver uma zona cinzenta entre atividades/operações que poderiam ser enquadradas como serviço ou não, claramente, algumas atividades não se enquadram no conceito de serviços. Exatamente por isso que **o serviço que se pretende ser tributado é o de distribuição e venda de bilhetes e ingressos, pois o valor total da aposta não se enquadra no conceito de serviço previsto na legislação complementar.**
 - iii. A distribuição de competências tributárias na Constituição Federal possui um efeito positivo e um efeito negativo, ou seja, ao atribuir competência a determinado ente federativo para instituir impostos sobre determinada riqueza, a princípio, retira de outro ente federativo a possibilidade de

tributar essa mesma riqueza. Desta forma, se o legislador infraconstitucional pudesse alterar os conceitos estabelecidos direta ou indiretamente na Constituição, estaria manipulando os limites de sua própria competência tributária. Portanto, se a Carta Constitucional atribuiu aos municípios a competência para tributar serviços e à União a competência para tributar renda, o município não pode tributar renda como se serviço fossem, sob pena de violação à distribuição de competências tributárias estabelecida na Constituição Federal. Isto pois, entende o Ministro, que ao menos parte do valor da aposta representa renda, razão pela qual o município não pode tributá-la, sob pena de ofensa aos arts. 153, III e 156, III, ambos da CF.

6. O Relator ressalta que, na prática, muitas vezes não se cobra separadamente o valor do bilhete ou ingresso, estando o valor relativo à prestação do serviço incluso no valor da aposta. Nesta situação, faz-se necessária a distinção entre o que é renda e o que é remuneração pela prestação do serviço de exploração de apostas.

O Ministro utiliza o exemplo das loterias para explicitar seu entendimento, uma vez que esta segue o mesmo entendimento e tributação dos pules, ambos previstos no item 19 da Lista de Serviços Anexa à Lei Complementar 116/2003:

- i. No sistema de loterias, há a figura da Caixa Econômica Federal e das unidades lotéricas, ambas remuneradas pela prestação de serviço de distribuição e venda de bilhetes de loterias. Ambas recebem, do valor pago pelo apostador quando da compra do bilhete, uma tarifa para remunerar a prestação dos serviços. Esta tarifa recebida por ambas representa o pagamento pela exploração da atividade de apostas e, portanto, se submetem à incidência de ISS. Aqui não está se cobrando separadamente o valor referente à prestação de serviço desempenhada pela atividade lotérica e pela Caixa Econômica Federal, mas existe um pagamento sobre referidas atividades, que se encontra embutido no valor da aposta.

Independente do percentual estabelecido no ato normativo infralegal, o valor retido pela Caixa ou pago a título de comissão à unidade lotérica representa a remuneração pelo serviço e deve corresponder à base de cálculo do ISS.

- ii. Da mesma forma que ocorre com as loterias, a exploração da atividade de apostas em corridas de cavalos, regra geral, não cobra separadamente o valor da prestação do serviço (v.g. ingressos). Contudo, o fato de cobrar ingressos não leva à conclusão de que a exploração do serviço não esteja sendo objeto de remuneração.
- iii. Um exemplo seria o Decreto 96.993/1988, que regulamenta a Lei 7.291/1984, e estabelece limites para a remuneração pela prestação de serviços de exploração da atividade de apostas em corridas de cavalos⁵. A sua leitura leva a concluir que a remuneração pela prestação do serviço de exploração da atividade de apostas de corridas é retirada do valor pago a título de apostas, e não de forma separada, por meio da venda de bilhetes ou ingressos. Assim, o ISS pode incidir sobre um percentual do valor da aposta, o qual corresponde ao valor retido pela entidade.

7. Tese de repercussão geral fixada:

“É constitucional a incidência de ISS sobre serviços de distribuição e venda de bilhetes e demais produtos de loteria, bingos, cartões, pules ou cupons de apostas, sorteios e prêmios (item 19 da Lista de Serviços Anexa à Lei Complementar 116/2003). Nesta situação, a base de cálculo do ISS é o valor a ser remunerado pela prestação do serviço, independentemente da cobrança de ingresso, não podendo corresponder ao valor total da aposta.”

⁵ “Art. 23. Do plano geral de apostas deverão constar: (...) 2º A percentagem a ser retirada pela entidade turfística não pode ultrapassar, na média semanal das diversas modalidades de apostas, a 32% nas entidades turfísticas com movimento médio de apostas, por reunião, igual ou superior a cinco mil vezes o Maior Valor de Referência e a 38%, nos hipódromos de movimento médio de apostas, por reunião, inferior a cinco mil vezes o Maior Valor de Referência, na forma em que for fixada pela CCCCN”.

b. Marco Aurélio

1. Entende que a venda de apostas não é serviço. O serviço prestado corresponde a desempenho de atividade, obrigação de fazer, não de dar. Questiona onde haveria serviço dentro da venda de bilhetes de apostas.
2. Além disso, afirma que descabe estabelecer a cobrança de ISS sobre a venda de apostas, utilizando-se da base de cálculo de imposto já existente, qual seja o imposto de renda, pois estaria a usurpar a competência normativa da União para instituir impostos residuais (art. 153, III e 154, I, da Constituição Federal).
3. Sendo impróprio o enquadramento da venda de apostas como serviço, também é inadequado consentir com a incidência do tributo, pois se estaria diante de uma incompatibilidade material em relação à previsão constitucional. Segundo ele, estaria propiciando a manipulação, por legislação complementar, da repartição de competências. Portanto, entende ser incompatível com a Constituição Federal a incidência de ISS sobre a venda de apostas.

c. Alexandre de Moraes

1. O Ministro apresenta a evolução histórica do ISSQN desde 1965, quando foi criado. Aponta que a Constituição Federal de 1988, no art. 156, III, estabeleceu que “Compete aos Municípios instituir impostos sobre: III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar”. Por sua vez, o Decreto-Lei nº 406/1968 regulamentou a instituição do tributo, criando uma extensa lista de serviços passíveis de cobrança de ISSQN. Posteriormente, com a Lei Complementar nº 56 de 1987, foi prevista a incidência do tributo sobre jogos, corridas de animais, entre outros, nos itens 60 e 61. A Lei Complementar nº 116 de 2003 revogou a LC 56/1967 e trouxe, nos itens 19 e 19.1, nova disposição quanto à incidência do imposto sobre a venda de bilhetes, pules, cupons de apostas, etc.

2. O Ministro apresenta algumas doutrinas com definições do conceito de “serviço”, seguida da exposição de julgados da Corte em que se discutiu também referido conceito⁶ para concluir que o Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento de que o Direito Constitucional adota conceitos próprios, não utilizando as premissas dadas pelo Direito Privado e, assim, afastando a vinculação entre o termo “serviços” e a obrigação de fazer disposta no Código Civil.
3. Diante do exposto, afirma-se que a incidência do imposto está devidamente regulamentada na Lei Complementar, não havendo, assim, óbice para a instituição do imposto sobre a venda de pules, apostas ou bilhetes.
4. Quanto à base de cálculo, afasta a alegação de que o tributo deva incidir apenas sobre o valor dos ingressos, haja vista a evolução tecnológica que permite apostas online e, portanto, o apostador não precisar mais estar fisicamente no Jockey e comprar ingressos para realizar suas apostas. Assim, independente de cobrança de ingresso, é legítima a incidência do ISS sobre a venda dos bilhetes de apostas.

⁶ Foram apresentados trechos do RE 547245, rel. Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe. 05/03/2010 e do RE 651703, Rel. Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, DJe. 26/04/2017, julgado sob o rito da repercussão geral (Tema 581).

Os excertos do voto do RE 547245 afirmam que “há serviços, para os efeitos dos incisos III do artigo 156 da Constituição Federal, que, por serem de qualquer natureza, não consubstanciam típicas obrigações de fazer”. E ainda que, “A lei complementar não define o que é serviço, apenas o declara, para os fins do inciso III do artigo 156 da Constituição. Não o inventa, simplesmente descobre o que é serviço para os efeitos do inciso III do artigo 156 da Constituição.”.

Já a ementa do acórdão do RE 651703 afirma: “2. A coexistência de conceitos jurídicos e extrajurídicos passíveis de recondução a um mesmo termo ou expressão, onde se requer a definição de qual conceito prevalece, se o jurídico ou o extrajurídico, impõe não deva ser excluída, a priori, a possibilidade de o Direito Tributário ter conceitos implícitos próprios ou mesmo fazer remissão, de forma tácita, a conceitos diversos daqueles constantes na legislação infraconstitucional, mormente quando se trata de interpretação do texto constitucional. 3. O Direito Constitucional Tributário adota conceitos próprios pela qual não há um primado do Direito Privado. 4. O art. 110, do CTN, não veicula norma de interpretação constitucional, posto inadmissível pelo legislador infraconstitucional. 5. O conceito de prestação de “serviços de qualquer natureza” e seu alcance no texto constitucional não é condicionado de forma imutável pela legislação ordinária, tanto mais que, de outra forma, seria necessário concluir pela possibilidade de estabilização com força constitucional da legislação infraconstitucional, de modo a gerar confusão entre os planos normativos. 6. O texto constitucional ao empregar o signo “serviço”, que, a priori, conota um conceito específico na legislação infraconstitucional, não inibe a exegese constitucional que conjura o conceito de Direito Privado.”.

5. Por outro lado, parte da verba auferida pelas apostas constitui renda, impossível de ser tributada pelo ISS, pois senão o município incorreria em usurpação de competência da União que é quem tem o poder de instituir o Imposto de Renda. Diante disso, observado o art. 10 da Lei nº 7.291, de 1984 (Lei do Turfe) e o art. 23, inciso III e parágrafo 2º, do Decreto nº 96.993/1988, observa-se que há um limite expresso do percentual máximo a ser retirado pela entidade turfística sobre o valor das apostas. Assim, apenas sobre o valor retido deverá incidir o imposto sobre serviço. Portanto, o Ministro acompanha o Relator para dar parcial provimento ao RE, declarando a incidência de ISSQN sobre o valor retido da venda de bilhetes, ingressos, apostas, pules e loterias.

6. Propõe a seguinte tese:

“I - É constitucional o item 19 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003 que prevê a incidência do imposto sobre serviços sobre a distribuição e venda de bilhetes e demais produtos de loteria, bingos, cartões, pules ou cupons de apostas, sorteios e prêmios; II – Nessa hipótese, o ISS deverá incidir sobre o valor retido pela entidade turfística, correspondente à prestação de serviço, e não sobre o valor total das apostas.”

(A tese fixada foi a do Relator, Min. Gilmar Mendes)

V. PERCEPÇÃO E ANÁLISE DO CASO

Apesar de ser um julgamento relacionado à incidência de ISS sobre distribuição e venda de bilhetes de apostas para corridas de cavalos, a previsão legal para a incidência de referido imposto é a mesma para loterias, o item 19 da Lista de Serviços Anexa à Lei Complementar 116/2003:

“19 – Serviços de distribuição e venda de bilhetes e demais produtos de loteria, bingos, cartões, pules ou cupons de apostas, sorteios, prêmios, inclusive os decorrentes de títulos de capitalização e congêneres.

19.01 - Serviços de distribuição e venda de bilhetes e demais produtos de loteria, bingos, cartões, pules ou cupons de apostas, sorteios, prêmios, inclusive os decorrentes de títulos de capitalização e congêneres”. (grifo nosso)

Inclusive, o Min. Rel. Gilmar Mendes utiliza como exemplo para firmar seu entendimento, a tributação em produtos de loteria que, segundo ele, seguem o mesmo raciocínio empregado neste caso, visto que ambos estão previstos no mesmo item 19 da Lista de Serviço Anexa à LC 116/2003, para melhor explicar a matéria de tributação dos pules (páginas 13 a 15).

Desta forma, é possível afirmar que o entendimento firmado neste acórdão, que deu origem à Tese 700 - que confirmou a incidência do ISS sobre venda e distribuição de apostas e a sua base de cálculo - pode ser aplicada a todos os produtos presentes no item 19: “loteria, bingos, cartões, pules ou cupons de apostas, sorteios, prêmios, inclusive os decorrentes de títulos de capitalização e congêneres”. Raciocínio este corroborado com o trecho do voto do Ministro Alexandre de Moraes que afirma: “Logo, pelo exposto, acompanho o relator e dou provimento parcial ao Recurso Extraordinário para declarar a incidência do ISSQN sobre o valor retido da venda de bilhetes, ingressos, apostas, pules e loterias” (grifo nosso). Ou seja, sobre todos os serviços mencionados no item 19 da Lista de Serviço Anexa à LC 116/2003 cabe a Tese aqui firmada.

Assim, pode-se concluir que incide sobre a venda de bilhetes de loterias ISS na forma como determinada neste acórdão: sobre o valor da venda do bilhete de loteria.

VI. COMO AFETA AS LOTERIAS ESTADUAIS?

A decisão proferida no acórdão afeta todo o item 19 da Lista de Serviço Anexa à LC 116/2003, e o serviço de loterias está incluso. Portanto, as loterias estaduais também estão passíveis da aplicação do entendimento firmado neste julgamento, que originou a tese do Tema 700 da Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal. Sendo assim, sobre os serviços de distribuição e venda de bilhetes e demais produtos de loteria realizados pelas loterias estaduais incide o ISSQN sobre o valor retido na sua venda. Este julgamento esclarece tanto a constitucionalidade da incidência do ISS sobre a exploração da atividade de apostas, como a base de cálculo do tributo, que é apenas sobre o valor dos bilhetes ou ingressos.

VII. LEGISLAÇÕES CITADAS

DOCUMENTO NORMATIVO	ANO	EXPLICAÇÃO	CITAÇÃO
Decreto-Lei 406	1968	Estabelece normas gerais de direito financeiro, aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza, e dá outras providências.	Gilmar Mendes (Relator); Alexandre de Moraes
Lei Complementar 56	1987	Dá nova redação à Lista de Serviços a que se refere o art. 8º do Decreto-lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, e dá outras providências.	Gilmar Mendes (Relator); Alexandre de Moraes
Lei Complementar 116	2003	Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências.	Gilmar Mendes (Relator); Alexandre de Moraes
Lei 13.105	2015	Código de Processo Civil	Gilmar Mendes (Relator)
Lei 5.172	1966	Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios	Gilmar Mendes (Relator); Marco Aurélio
Decreto 96.993	1988	Regulamenta a Lei 7.291/1984	Gilmar Mendes (Relator); Alexandre de Moraes
Lei 7.291	1984	Dispõe sobre as atividades da equideocultura no País e dá outras providências. (Lei do Turfe)	Gilmar Mendes (Relator); Alexandre de Moraes
Instrução Normativa nº 2	1990	Instrução Normativa da Secretaria Municipal de Finanças do Rio de Janeiro que definiu a base de cálculo do ISS	Alexandre de Moraes

Emenda Constitucional nº 18	1965	Estabeleceu, em seu art. 15, que os municípios estariam autorizados a instituir o imposto sobre serviços de qualquer natureza, desde que são compreendidos na competência tributária da União e dos Estados	Alexandre de Moraes
Constituição Federal de 1967	1967	Constituição Federal	Alexandre de Moraes

VIII. JURISPRUDÊNCIA CITADA

PROCESSO	ANO	EXPLICAÇÃO	CITAÇÃO
Resp 85.543	1998	ISS na distribuição de pules ou cupons de apostas.	Gilmar Mendes (Relator)
RE 74.849	1981	Julgado em que se discutiu a incidência de ISS sobre atividades de apostas, em específico, corridas de cavalo.	Gilmar Mendes (Relator)
RE 74.506	1981	Julgado em que se discutiu a incidência de ISS sobre atividades de apostas.	Gilmar Mendes (Relator)
RE 592.905	2010	ISS sobre operações de leasing	Gilmar Mendes (Relator)
RE 176.626	1998	ISS sobre programas de computadores	Gilmar Mendes (Relator)
RE 116.121	2001	ISS sobre locação de bens móveis	Gilmar Mendes (Relator)

RE 626.706	2010	ISS sobre locação de bens móveis - filmes cinematográficos, videoteipes, cartuchos para video games e assemelhados. Súmula vinculante n. 31.	Gilmar Mendes (Relator)
RE 547.245	2010	ISS sobre arrendamento mercantil	Alexandre de Moraes
RE 651703		Tema 581 da repercussão geral. Reafirmou a interpretação ampliativa do termo "serviço".	Alexandre de Moraes
AgRg no Ag 161.204 - STJ	1998	ISS na distribuição de pules ou cupons de apostas.	Alexandre de Moraes