

Gustavo Henrique Justino de Oliveira*

1.

INTRODUÇÃO

O fenômeno da desestatização no Brasil - cujos princípios, diretrizes e modos de operacionalização encontram-se presentes notadamente na Lei Federal nº 9.491/97 - tem provocado fortes mudanças no cenário político-institucional e organizacional do país. A desmonopolização de atividades econômicas então desenvolvidas pelo Estado, a venda de ações de empresas estatais, o emprego em larga escala das formas de delegação de serviços públicos, ao lado da utilização de outras formas de parceria entre o setor público e privado, a redução do intervencionismo estatal nas atividades econômicas privadas, a criação de agências reguladoras de serviços públicos e atividades econômicas privadas são fatos geradores de grandes inovações no campo do direito administrativo brasileiro, suscitando, de um lado, a reformulação de conceitos e categorias tradicionais e, de outro, a instituição de novos modelos de gestão e práticas administrativas. A chamada "indústria do jogo", que abrange inúmeras modalidades de sorteio e loterias, desenvolve-se e expande-se cada vez mais, sobretudo em razão das grandes inovações tecnológicas e dos avanços no campo da informática. Assim, apesar da proibição pela legislação brasileira dos intitulados jogos de azar e da vedação da abertura e funcionamento de cassinos, é absolutamente possível vislumbrar a participação de brasileiros nos chamados cassinos virtuais, os quais podem ser acessados pela internet. Em assim sendo, é preciso abordar a questão dos jogos e sorteios no Brasil a partir de uma perspectiva contemporânea, com especial atenção ao papel a ser desempenhado pelo Estado na direção, gestão, exploração, regulação, fiscalização e controle desse ramo de atividades. Considerado como uma forma de lazer e entretenimento, os jogos lotéricos implicam a realização de uma aposta, traduzida no emprego direto de uma quantia em dinheiro, em eventos incertos regidos pelo acaso, pela sorte - portanto uma atividade de risco, em sua essência - em que se pretende a obtenção de um ganho, pago sob a denominação de um "prêmio", em dinheiro, bens ou serviços. Tradicionalmente da titularidade e execução direta pelo próprio Estado, no Brasil, assim como em outros países, as diversas atividades inseridas no gênero "jogos lotéricos" sofrem uma rigorosíssima regulação estatal. Tal regulação é traduzida, não só na edição de leis e regulamentos específicos para cada modalidade lotérica, tendentes a sua instituição, disciplina e tributação, mas igualmente em uma forte intervenção estatal no segmento empresarial responsável por sua operacionalização, e que envolve autorização e credenciamento para o funcionamento dos estabelecimentos privados em que tais atividades são desenvolvidas, além da fiscalização e controle permanentes de todo o ciclo relativo ao exercício do jogos de loteria. A exemplo do que ocorre na esfera federal, cujo órgão regulador máximo é a Caixa Econômica Federal, a denominada loteria estadual é também explorada pelos Estados da Federação, e qualificada por lei como sendo um serviço público estadual. E nos estados-membros em que os jogos lotéricos foram instituídos, o foram com suporte em uma legislação federal editada em grande parte na década de quarenta, e que suscita inúmeras controvérsias, sendo ainda comum a ocorrência de conflitos de competência com a União Federal, a exemplo do que vem acontecendo no Estado do Paraná, em virtude da modalidade lotérica denominada vídeo-loteria "on line/real time".

O presente trabalho tem por finalidade abordar algumas questões que envolvem a criação e exploração de jogos lotéricos pelos Estados, com abordagem a partir do direito constitucional e administrativo brasileiro. O enfoque será a modalidade lotérica paranaense denominada vídeo-

loteria "on line/real time", uma realidade em Estados como o Paraná e Santa Catarina, culminando com algumas considerações sobre a possibilidade dos Estados firmarem parcerias com a iniciativa privada, destinada à exploração das atividades lotéricas estaduais, por intermédio de concessões, permissões e autorizações, terceirizações e credenciamentos de serviços lotéricos.

2. DA COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DOS ESTADOS-MEMBROS PARA A INSTITUIÇÃO E EXPLORAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE LOTERIAS

Por razões de melhor aproveitamento do potencial do serviço de loterias - sobretudo tendo em vista que o produto de sua arrecadação é geralmente destinado a programas de cunho social e assistencial, por vezes também fomentando atividades esportivas - são criados pelos Estados várias modalidades de loterias.

No Estado do Rio de Janeiro, a LOTERJ órgão executor da Secretaria do Estado de Economia e Finança, explora a I- Loteria convencional, com venda de bilhetes previamente numerados, cujo sorteio será efetivado em datas prefixadas, para distribuição, aos acertadores, de prêmio anunciado com antecedência; II- Loteria instantânea, com venda de bilhetes previamente numerados e sorteados, adquiridos aleatoriamente pelo interessado, que proporcionem resultado imediato para distribuição, aos acertadores, de prêmios anunciados com antecedência; III- Loteria mista, com venda de bilhetes que reúnem características de duas ou mais modalidades; IV- Loteria de concurso, com a indicação pelo apostador, em bilhetes próprio e mediante pagamento, de determinados números, os quais serão posteriormente submetidos a sorteio em horários e datas prefixadas, podendo os prêmios aos portadores ser bancados ou distribuído mediante rateio de parte do montante arrecadado; V- Sorteio numérico, com distribuição, aos apostadores, de prêmios em bens duráveis ou em espécie, tendo como base os resultados da loteria convencional, além de modalidades de bingo.

Em Santa Catarina, a Lei Estadual nº 11.348, de 17 de janeiro de 2000 estabelece como atividades lotéricas

I - Loteria de Números - todo e qualquer concurso de sorteio manual, mecânico ou eletrônico de números, palavras, símbolos e loterias de qualquer natureza com distribuição de prêmios aos acertadores mediante rateio, prêmios pré-definidos ou prêmios bancados; II - Loteria Instantânea - sorteios instantâneos realizados em bilhetes individuais próprios, mediante a combinação de números ou símbolos para a distribuição de premiação previamente estabelecida; III - Vídeoloteria - equipamentos de apostas eletrônicas e eletromecânicas que operam com fichas, moedas, cédulas, cartões magnéticos e sistemas de créditos ou qualquer outra forma de identificação e quantificação das apostas; IV - Sistema Lotérico "on line"/real time - loteria de prognósticos baseados em técnicas e recursos de informática em linha e tempo real; V - Bingo - loteria em que se sorteiam ao acaso números de 01 até 90, mediante sucessivas extrações, até que um ou mais concorrentes atinjam o objetivo; VI - Loteria Convencional - Venda de bilhetes previamente numerados, cujo sorteio será efetivado em datas pré fixadas, para distribuição aos acertadores de prêmios previamente anunciados;

VII - Loteria Mista - Com vendas de bilhetes que reúnem características de duas ou mais modalidades.

No Estado do Paraná, o serviço público de loteria estadual é realizado pelo SERLOPAR - Serviço de Loterias do Estado do Paraná, entidade autárquica ligada à Secretaria de Estado da Fazenda, criada pela Lei estadual nº 11.272/96.

Antes de abordar a modalidade lotérica paranaense vídeo-loteria "on line/real time", revela-se

pertinente analisar a matriz constitucional que autoriza os Estados instituir jogos lotéricos em seus territórios.

Muito embora a doutrina existente sobre loterias estaduais seja bastante escassa, trabalhos de juristas de renome apontam para a legitimidade e constitucionalidade da criação, pelos estados-membros da Federação, dos serviços de loterias estaduais, seja durante a vigência da ordem jurídica instaurada pela Constituição de 1967, seja a partir da nova ordem iniciada com a promulgação da Carta de 1988. O Decreto nº 21.143/32 e depois o Decreto-lei nº 2.980/41 foram os primeiros diplomas legislativos que disciplinaram o sistema de loterias, e reconheciam como serviço público, tanto a loteria federal quanto as estaduais. Com o advento do Decreto-lei nº 6.259, de 10.02.44, continuou a coexistirem jogos lotéricos federais e estaduais, mas com uma exigência de uma "ratificação", via decreto da União Federal, das loterias estaduais. Foi justamente sob a égide dessa legislação federal que foi editada a Lei Paranaense nº 2.964, de 28.11.56, que estipulava que "o serviço de loteria do Paraná passa a ser explorado diretamente pelo Governo do Estado, por intermédio da Secretaria da Fazenda". Justamente em respeito à condição legal de "ratificação" das loterias estaduais (art. 3º do Decreto-lei nº 6.259, de 10.02.44), foi expedido o Decreto do Conselho de Ministros nº 704, de 15.03.62, que expressamente ratificou as disposições legais sobre serviço de loterias do Estado do Paraná. Ou seja, durante a vigência da disciplina inaugurada pelo Decreto-lei n. 6.259/44, o Estado do Paraná explorava válida e legalmente o serviço de loteria. Todavia, assegurando que sempre foi pacífico que os Estados poderiam explorar suas respectivas loterias, em seus territórios, **Diogo MOREIRA NETO (RDPGERJ 40/237) afirma que o art. 3º do Decreto-lei nº 6.259, de 10.02.44, quando exigia o chamado "decreto de ratificação federal" no que dizia respeito às loterias estaduais, "não encontrava respaldo na Constituição vigente de 1946, sendo considerado, pela doutrina, mera formalidade registrária".** Sem detimento disso, tal situação regular persistiu mesmo com a edição do Decreto-lei nº 204, de 27.02.67 que acabou instituindo o monopólio federal dos serviços de loterias, como serviço exclusivo da União Federal. É que o art. 32 desse diploma estipulava que "mantida a situação atual, na forma do disposto no presente Decreto-lei, não mais será permitida a criação de loterias estaduais". Ora, para os termos desse Decreto-lei - expedido com base no AI 4/66, portanto em regime de exceção - o Estado do Paraná continuava a explorar seu serviço de loteria de modo legítimo e legal, pois detinha a ratificação da União Federal, conforme foi mencionado acima.

A "prova" da existência da ratificação - que a rigor haveria de ser geral, e não específica para cada modalidade lotérica - é justamente o Decreto nº 704, de 15.03.62, do Conselho de Ministros. Ou seja, o serviço de loterias paranaense fora devidamente ratificado, porém a criação de modalidades de loterias estaria no âmbito restrito do estado-membro, e nenhuma outra ratificação da União Federal seria mais necessária. Resolvida estaria a questão, e restaria comprovado que o Estado do Paraná detém legitimidade para explorar o serviço público de loterias, em seu território. No entanto, é preciso asseverar que tanto o Decreto-lei nº 6.259/44, na parte em que exige o denominado "decreto de ratificação", como principalmente o Decreto-lei nº 204/67, quando institui, como monopólio exclusivo da União Federal, o serviço de loterias, vedando a criação e, quando já criadas, a ampliação das loterias estaduais, não foram recepcionados pela Carta de 1988. **Defendendo inclusive a revogação desses textos e a ausência de recepção até mesmo pela Carta de 1967, encontram-se (i) o ex-Ministro do STF Oswaldo Trigueiro (RDP n. 76, p. 37-42), (ii) Caio Tácito (RDP n. 77, p. 75-79) e Diogo de Figueiredo Moreira Neto (RDPGERJ, n. 40, p.236-242).**

A não recepção dos textos indicados cingir-se-ia às partes em que restrigem ou mesmo

aniquilam a exploração do serviços de loterias pelos Estados, em seus respectivos territórios. Os diplomas continuariam vigentes no que tange a disciplina das loterias relacionada com a esfera federal, embora com previsões bastante defasadas. Já sob o manto da Constituição de 1988, há o trabalho de **Carlos Ari Sundfeld (RDP 91, p.95-102)**, defendendo a competência dos Estados para a criação de jogos lotéricos. E não seria de outro forma, pois em síntese: (i) tanto a Constituição de 1967 (posterior ao Decreto-lei 204/67), quanto a de 1988, não contêm dispositivo algum em que esteja explícito - ou mesmo implícito - que o serviço público de loterias é um serviço exclusivo da União Federal; (ii) como a própria legislação em vigor trata a loteria como um serviço público, e não como atividade econômica, não há que se falar em monopólio da União Federal, seja pela natureza da atividade, seja por não estar enumerada no art. 177 da Constituição de 1988; (iii) não sendo de competência explícita da União Federal e nem dos Municípios, não havendo proibição expressa no Texto Constitucional vigente, cabe aos estados-membros a exploração dos serviços de loteria em seus respectivos territórios, com base na sua competência residual ou remanescente (art. 25, § 1º da Carta Magna), combinado com o caput do art. 18 (autonomia dos estados-membros); (iv) se a loteria for criada por lei estadual, está claro que não há como caracterizar-se a contravenção do art. 51 do Dec.-lei 3.688/41, pois a contravenção somente seria punível se praticada por pessoa natural, e nunca por pessoa jurídica de direito público interno, que age sempre, presumivelmente, tendo por norte o interesse público; eventuais litígios devem ser resolvidos pelo STF, com arrimo no art. 102, I, (f) da Carta de 1988; e (v) last but not least, o ato federal de ratificação da loteria paranaense - Decreto nº 704, de 15.03.62, do Conselho de Ministros - assim como outros decretos que ratificavam loterias de outros estados da Federação, foram revogados pelo Decreto de 25 de abril de 1991, expedido pelo então Presidente Fernando Collor, revelando a total desconformidade dessa exigência de ratificação com o modelo federativo inaugurado pela Carta de 1988. A peculiaridade da Carta de 1988 é que atribui-se à União Federal a competência para legislar sobre "consórcios e sorteios" (art. 22, inc. XX). Cumpre mencionar que a intenção do dispositivo não foi a de reservar à União competência para legislar sobre as loterias (uma das espécies de sorteio, é verdade), sempre concebida em nosso ordenamento como sendo um serviço público de competência dos entes federativos, com a exceção dos municípios. O "sorteio" de que trata o inc. XX do art. 20 da Lei Maior é aquele levado a efeito pelos particulares (Ex.: Baú da Felicidade), pois subjacente está a natureza financeira ou até mesmo comercial dessa atividade. Nesse sentido, conferir comentários ao dispositivo constitucional realizados por José CRETELLA JR. (Comentários ..., v. 3, RJ : Forense Universitária, 1990, p. 1.579) e Celso RIBEIRO BASTOS e Ives Gandra MARTINS (Comentários ..., v. 3, t. I, SP : Saraiva, p. 322-325). Por certo está excluída desse rol a exploração do serviço público de loterias estaduais, pois de outro modo a União estaria legislando em total afronta ao princípio federativo (art. 18, caput, c/c art. 25, § 1º, ambos da Lei Maior de 1988). Ademais, os Tribunais Pátrios já se posicionaram acerca da constitucionalidade das loterias estaduais:

"LOTERIA ESTADUAL. VINCULAÇÃO A OUTRO ESTADO. 'RASPADINHA'. DECRETO-LEI 6259/44. A denominada 'raspadinha', dos Estados de Goiás e Tocantins, proibida de circular fora do território daqueles Estados, inclui-se na definição de loteria, do Decreto-lei 6259/44 (STJ, Recurso de Habeas Corpus nº 1239-DF, 6a T., Rel. Min. José Cândido, DJU de 23.09.91).

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMINAR. 'BONUS DA SAÚDE'. 1. A competência para legislar sobre consórcios e sorteios é da União Federal. O Estado-membro pode legislar, concorrentemente, sobre loterias. Essa competência não foi atribuída aos municípios. 2. A liminar atacada foi

deferida considerando os requisitos do 'fumus boni juris' e do 'periculum in mora', motivo pelo qual deve ser mantida (TRF 4ª, AG nº 0134573-RS, 5a T., Rel. Juíza Dias Cassale, DJU de 16.11.95, p. 78873, g.n.)

Além dessas considerações, o art. 195 da Constituição de 1988 determina que "a seguridade social será financiada por toda 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. O preceito constitucional, foi regulamentado pela Lei Federal nº 8212/91, Capítulo VII, que define concursos de prognósticos:

Art.26. Constitui receita da Seguridade Social a renda líquida de concursos de prognósticos.

§1º. Consideram-se concursos de prognósticos todos e quaisquer concursos de sorteios de números, loterias, apostas, inclusive as realizadas em reuniões hípicas, nos âmbitos Federal, Estadual, do Distrito Federal e Municipal.

§2º. Para efeito do disposto neste artigo, entende-se por renda líquida o total da arrecadação, deduzidos os valores destinados ao pagamento de prêmios, de impostos e despesas com a administração, conforme fixado em lei, que inclusive estipulará o valor dos seus direitos a serem pagos às entidades desportivas pelo uso de suas denominações e símbolos. Por sua vez, o Decreto Federal nº 2.173/97 que aprovou o regulamento da organização e custeio da Seguridade Social, ofereceu um maior detalhamento ao conceito de concursos de prognósticos, estipulando em seu art. 35 que "constitui receita da seguridade social a renda líquida dos concursos de prognósticos, executando-se os valores destinados ao Programa de Crédito

Educativo;

§1º. Considera-se concurso de prognósticos todo e qualquer concurso de números e quaisquer outros símbolos, loterias e apostas de quaisquer natureza no âmbito Federal, Estadual, do Distrito Federal ou Municipal, promovidos por órgãos do Poder Público ou por sociedades comerciais ou civis;

§2º. A contribuição de que trata este artigo constitui-se de :

a) renda líquida dos concursos de prognósticos realizados pelos órgãos do Poder Público, destinada à seguridade social na sua esfera de governo". Com fundamento em tais disposições, praticamente TODOS os Estados da Federação criaram suas loterias estaduais, baseados sempre em leis e decretos estaduais, como podemos exemplificar: Rio Grande do Sul (Decreto 33.351/90 - loteria instantânea - 34.430/92, 36.335/95), São Paulo (Decreto 39.387/94 e 40497/95); e Santa Catarina (Decreto 4.710/90, 3.674/98), Distrito Federal (Lei nº 1.176, de 29.07.1996).

Portanto, a legitimidade e a legalidade da exploração de loteria pelos Estados, como serviços públicos estaduais é, desde o advento da Constituição Federal de 1967, e com mais propriedade a partir da Carta de 1988, inquestionável.

E no caso da loteria paranaense, existem a Lei estadual nº 2.964/56, como regra geral, e particularmente à video-loteria, a Lei Estadual nº 11.668/97. Todavia, antes de abordar a disciplina dessa modalidade particular de jogo lotérico, é importante tecer algumas considerações sobre o conceito e disciplina legal dos jogos de azar, e de sua relação com as loterias.

3. ATIVIDADE LOTÉRICA ENQUADRADA LEGALMENTE COMO SERVIÇO PÚBLICO

Conforme restou assinalado, o ordenamento brasileiro qualifica as loterias como um serviço público. É o Decreto-lei nº 204/67 que, em seu art. 1º, preceitua que "a exploração de loteria como derrogação excepcional das normas de direito penal constitui serviço público exclusivo da União, não suscetível de concessão ...".

Nesse sentido, a matéria atinente aos jogos lotéricos há de ser apreciada, inicialmente, em termos da análise da legislação penal pertinente, pois a lei, antes de qualificar a atividade lotérica como serviço público - natureza jurídica que inclusive pode ser posta em xeque - determina que sua exploração constitui "derrogação excepcional das normas de direito penal". O Decreto-lei nº 3688/41 (Lei das Contravenções Penais) estabelece no seu art. 51, como figura contravencional, "promover ou fazer extrair loteria sem autorização legal". Assim, a loteria desprovida de autorização legal é considerada jogo de azar, caracterizado pela circunstância de o ganho e a perda dependerem exclusiva ou parcialmente da sorte. O par. 2º do artigo indigitado define loteria como "toda ocupação que mediante a distribuição de bilhete, listas, cupões, vales, sinais, símbolos ou meio análogos, faz depender de sorteio a obtenção de prêmio em dinheiro ou bens de outra natureza".

Por seu turno, o art. 40 do Decreto-lei nº 6.259/44 define jogo de azar como "a loteria de qualquer espécie não autorizada ou ratificada expressamente pelo Governo Federal"; seu par. único estabelece que "seja qual for a sua denominação e processo de sorteio adotado, considera-se loteria toda operação, jogo ou aposta para a obtenção de um prêmio em dinheiro ou em bens de outra natureza, mediante colocação de bilhetes, listas, cupões, vales, papéis, manuscritos, sinais, símbolos, ou qualquer outro meio de distribuição dos números e designação dos jogadores ou apostadores".

Ora, é evidente que embora a atividade lotérica seja considerada uma atividade pública, porque caracterizada por lei como um serviço público, não há como deixar de criticar o tratamento legislativo da matéria na forma como vem posta em nosso ordenamento, ou seja, atividade ilegal caso não autorizada pelo Estado. A disciplina da matéria em diplomas que regulam matéria penal, prejudica sobremaneira um tratamento amplo e verticalizado do setor dos jogos lotéricos, que envolve os mais diversos aspectos, tais como, competências para exploração, modos de delegação aos particulares, destino da arrecadação, formas de fiscalização, tributação, etc. Melhor seria, inclusive, haver uma legislação geral e contemporânea sobre a atividade lotérica, que tornasse transparente a forma de condução desse segmento de atividades cuja titularidade o Estado houve por bem chamar para si. É o que vem acontecendo recentemente com a regulação jurídica do bingo, disciplinado principalmente pela Lei federal nº 9.615/98, a chamada Lei Pelé.

Entretanto, é importante ressaltar que a assunção da atividade lotérica pelo Estado tem justificativas bastante plausíveis. De um lado, destina-se à proteção da economia popular e da própria ordem pública, afastando comportamentos nefastos e inescrupulosos de particulares que, se livres estivessem para exercer e explorar jogos lotéricos, acabariam por causar graves danos à própria comunidade, obtendo vultosos lucros, na maior parte das vezes em detrimento de terceiros. De outro, como considerável fonte de recursos que enseja, a atividade lotérica tem por fim gerar receitas para permitir ao Estado alcançar diversas de suas finalidades, sobretudo as de cunho assistencial, social e esportivo.

Insta registrar que é a lei o instrumento que caracteriza, qualifica a atividade lotérica como um serviço público. A rigor, a atividade lotérica não configura uma "atividade administrativa de prestação". E se de prestação não se trata, o jogo lotérico explorado pelo Estado não gera diretamente a satisfação de necessidades da coletividade, ou seja, não há "prestação ao público". O que ocorre, a bem da verdade, é a obtenção de receitas, de recursos para o Tesouro e que são destinados a algumas áreas ou setores em que há a atuação do Estado, como vem a ser a assistência social ou mesmo o incentivo de atividades esportivas. A natureza jurídica da atividade lotérica seria, se previamente considerada uma atividade estatal, a de fomento, e não a de serviço público, por não estarem nela presentes as notas característica e definidoras do serviço público. Sobre o tema, conferir Gaspar ARIÑO ORTIZ (Princípios de derecho público

económico, p. 501).

Sem prejuízo dessas ressalvas, do modo em que se encontra disciplinada em nosso ordenamento, "para ser legítima, a atividade lotérica deverá contar sempre com a participação ou chancela do Estado, seja através da exploração direta por seus órgãos ou entidades, seja mediante delegação de sua exploração a particulares, sendo considerada pela legislação em vigor uma derrogação excepcional das normas de direito penal" (BARROSO, RDA 220/262).

4. DISTINÇÃO ENTRE LOTERIA E "JOGOS DE AZAR"

Assim, não se admite confundir loteria autorizada por lei - que é espécie de "sorteio" - com "jogo de azar".

Retomando a distinção entre loteria e jogos de azar, a primeira prova inequívoca de que o ordenamento jurídico distingue a atividade de loteria autorizada (sorteio) do "jogo de azar" está no fato de que, é a Lei das Contravenções Penais o diploma legislativo que trata "jogo de azar", no artigo 50 e loterias nos seguintes. Nesse sentido, Frederico Marques: "Se apenas uma pessoa corre o perigo de perder , não há jogo, e sim, conforme o caso, figura análoga ou semelhante.

É isto, aliás, o que se passa com a loteria - razão pela qual a Lei das Contravenções Penais não a disciplina ou prevê no artigo 50 (jogos de azar), mas sim nos artigos 51 e seguintes, sendo que no citado artigo 51 estão enumeradas as operações que se equiparam a loteria". O "jogo de azar", como o próprio nome diz ("jogo") pressupõe uma contenda, uma disputa de duas ou mais pessoas competindo pela obtenção de lucros ilimitados, como já frisou Frederico Marques.

"Tenho para mim que a bilateralidade está implícita no conceito de jogo. Como bem salienta Emílio Valsecchi, a luta ou momento agonístico assume o caráter de elemento essencial ao jogo, pois não se comprehende jogo sem contenda..."

Entendo assim que o jogo de azar somente pode ser considerado contravenção quando se tratar de jogo propriamente dito, em que a bilateralidade resultante da emulação seja um de seus elementos constitutivos."

É o caso típico do "jogo de dados", que é inquestionavelmente jogo de azar. Essa bilateralidade, que é característica essencial do jogo de azar, não está contida na loteria, que é espécie de sorteio, com prêmios preestabelecidos.

É exatamente o que ocorre com a Quina, ou a Sena, por exemplo. De antemão, o montante a ser distribuído na forma de prêmios, de modo que se uma pessoa somente fosse a titular de todos os palpites, independentemente de sorte, seria possível dizer-se previamente o valor a ser por ela recebido. E não há quem possa caracterizar a quina como jogo de azar!!! Mais do que isso, na loteria não se pode falar em disputa, uma vez que o risco da aposta é assumido unilateralmente pelo apostador.

Em resumo, não há como enquadrar-se qualquer atividade lotérica (sorteio) como "jogo de azar":

a um, porque a loteria vem resguardada, necessariamente, por autorização legal, o que garante, a priori, sua licitude (caso contrário teríamos a aplicação do art. 51 - "loteria não autorizada"); a dois, porque a forma pela qual se realiza a loteria - interação de um apostador com um meio de apostas : bilhete, cupom, terminal, etc. - descharacteriza totalmente a atividade de jogo, que pressupõe disputa, contenda entre as partes.

5. UM CASO PARANAENSE : A VÍDEO-LOTERIA ON LINE/REAL TIME

O concurso de prognósticos lotéricos denominado vídeo-loteria, foi instituído com fim especial

de financiar parte dos Jogos Mundiais da Natureza, conforme depreende-se da justificativa do Projeto de Lei que deu origem à Lei nº11.668/97, que previa a operacionalização da modalidade pelo sistema de loteria on line/real time, com a inclusão de outro tipo de máquinas diferentes das convencionais, que não prejudicariam de imediato a receita atual da beneficiária estadual (Secretaria de Estado da Criança e Assuntos da Família). Cabe destacar que a implantação da vídeo-loteria no Estado do Paraná deu-se oficialmente através do Regulamento nº 001/97.

Em 1998, o governo estadual resolveu prorrogar a aplicabilidade dos recursos para os Jogos Mundiais da Natureza, dividindo a receita em 50% para a Secretaria da Criança e Assuntos da Família, através da Lei Estadual nº12.323/98, que mencionava especificamente a nova modalidade lotérica denominada Vídeo Loteria: "Art.1º. Ficam destinados, através do Serviço de Loterias do Estado do Paraná, 50% (cinquenta por cento) dos recursos líquidos obtidos pela modalidade lotérica denominada Vídeo Loteria, à Secretaria de Estado do Esporte e Turismo, para serem aplicados em programas de incentivo ao desporto e ao turismo".

Tal diploma legislativo foi prorrogado por disposição da Lei nº12.418/99, com destinação dos recursos líquidos diretamente ao Comitê dos Jogos Mundiais da Natureza através da Lei nº12.559/99.

A legislação apontada acima é eloquente em demonstrar que há inquestionável embasamento jurídico-legal, tanto para a exploração da loteria em geral, quanto para a loteria instantânea na forma

video-loteria.

A vídeo-loteria "on line/real time" é concebida por terminais programáveis ligados por uma rede de transmissão de dados - que se compõe dos mais modernos meios de comunicação como fibras ópticas e satélites - a uma central de processamento de dados que monitora, com informações instantâneas, todos os movimentos de cada terminal. Na vídeo-loteria, um agente da administração pública recebe uma porcentagem dos valores apostados como típico pagamento do serviço de entretenimento prestado, o que não tem, de forma alguma, o caráter pernicioso do jogo.

Acrescente-se ainda que na vídeo-loteria não há incidência de sorte ou azar para pagamento de prêmios. Isso porque os terminais de vídeo loteria encontram-se ligados em rede a uma central de processamento de dados que assegura o pagamento aos usuários de um percentual fixo do valor apostado.

Isso significa que, mesmo que pretenda utilizar os terminais o mais "azarado" dos seres humanos, após uma série de partidas estatisticamente relevantes, terá recebido de volta 89% do valor inserido no terminal. Esse fato, que já foi comprovado mais de uma vez através de perícias técnicas de entidades respeitáveis como a Universidade Estadual de Santa Catarina e Instituto de Criminalística da Polícia Civil do Paraná, afasta absolutamente o fator sorte do evento

específico.

Finalmente, por intermédio da vídeo-loteria paga-se uma porcentagem estatisticamente fixada de prêmio sobre o valor apostado, o que afasta totalmente a sorte ou azar em um número ponderável de eventos. Para a implementação dos serviços de vídeo loteria e gerenciamento dos sistemas, o SERLOPAR, sem a capacidade técnica e financeira necessárias, promoveu a abertura de processo licitatório (Concorrência Pública nº 001/97), cujo objeto era a contratação de empresa especializada para a prestação de serviços com a utilização de sistema lotérico "on line/real time" para a implantação de modalidade lotérica de video-loteria, nos termos do item

1 do Edital de licitação correspondente.

Assim, esta especial modalidade lotérica paranaense é absolutamente legítima, porque (i) é disciplinada por lei e fiscalizada pelo SERLOPAR, (ii) tem sua receita dedicada a causas sociais

escolhidas pelo próprio Estado, e fixadas legalmente, e (iii) caracteriza um SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL, o qual encontra-se submetido às regras das Lei Federais n. 8666/93 e 8987/95, podendo ser exercido exclusivamente pela Administração Pública, pela Administração Pública em parceria com o auxílio de um prestador de serviços (algumas atividades seriam terceirizadas), ou exclusivamente por particulares, através de um contrato de concessão.

6. A POSSIBILIDADE DE DELEGAÇÃO AO PARTICULAR DA EXECUÇÃO DO SERVIÇO DE LOTERIA ESTADUAL

Conforme restou acima assinalado, ainda que críticas possam ser feitas quanto à opção legislativa brasileira em qualificar a atividade lotérica desempenhada pelo Estado como um serviço público, sem detimento dos fundamentos juspolíticos expostos anteriormente, é necessário perquirir se tal atividade comportaria ser explorada indiretamente pelo Estado. Com efeito, o "Poder Concedente" da atividade lotérica pode delegar sua execução, total ou parcial, aos particulares, por intermédio dos contratos de concessão e permissão de serviços públicos, na forma em que estão disciplinados na Lei Federal nº 8987/95. Se efetivamente se trata de "serviço público", os jogos lotéricos porventura instituídos pelos Estados podem ser objeto de delegação contratual a empresas interessadas em sua exploração. Claro está que, em virtude do disposto no caput do art. 175 da Constituição de 1988, esta delegação haverá de ser precedida de processo licitatório, cujas regras são aquelas estipuladas pela Lei Federal nº 8987/95. É óbvio que se a criação e disciplina das modalidades lotéricas estão a cargo dos Estados, regras específicas podem ser traçadas, atendendo as peculiaridades do jogo lotérico. A organização dos serviços públicos estaduais é de competência exclusiva do Estados, razão pela qual as leis instituidoras das espécies lotéricas podem conter preceitos específicos acerca da forma de exploração dos serviços de loteria estadual. É preciso registrar que a vedação à concessão do serviço de loteria prevista no art. 1º do Decreto-lei nº 204, de 27 de fevereiro de 1967 é absolutamente inconstitucional, notadamente no que tange aos serviços de loterias estaduais. O monopólio federal de loterias, com a extravagante previsão de "ratificação" federal das loterias estaduais, foi objeto de análise no itens precedentes. Assim, não tendo sido objeto de tratamento constitucional explícito, o serviço de loterias é de competência dos Estados-membros, com base em sua competência remanescente, ainda que se possa admitir que as modalidades lotéricas possam igualmente ser exploradas pela União Federal.

E é em razão dessas dificuldades interpretativas dos diplomas legislativos arrolados, reitere-se, absolutamente defasados em virtude dos avanços tecnológicos e da própria expansão dos jogos lotéricos, é que impõe-se uma revisão da sistemática legal dos jogos lotéricos no Brasil. A Lei nº 11.348/2000, do Estado de Santa Catarina, estipula em seu art. 11 que "a execução do serviço lotérico poderá ser delegada, mediante concessão, permissão e autorização dentro do que preceitua a legislação que rege a matéria". O Decreto nº 20.533 - de 20 de setembro de 1994, que define as modalidades de loterias a serem exploradas pela Loteria do Estado do Rio de Janeiro - LOTERJ e dá outras providências, determina em seu art. 4º que "a Loteria do Estado do Rio de Janeiro - LOTERJ - explorará diretamente, ou por terceiros mediante concessão precedida da licitação pública, nos termos de Lei Federal nº 8.666, de 21.06.93, e da Lei Estadual nº 1.481, de 21.06.89, as modalidades de loteria numeradas no art. 1º, podendo ainda, contratar e celebrar convênios com outras loterias ou empresas, públicas e privadas". Pondera-se, entretanto, que a delegação há de ser feita nos termos do processo licitatório instituído e disciplinado pela Lei Federal nº 8987/95, com aplicação subsidiária da Lei Federal nº 8666/93, nos termos do que preceitua o seu art. 124.

No Estado do Paraná, foi utilizada o contrato de permissão de serviços públicos para delegar a execução da modalidade video-loteria à iniciativa privada, com a realização prévia de concorrência pública. Como permissionária, a empresa contratada deveria, fornecer terminais de jogos, com transmissão de dados via "on line/real time"; realizar o processamento do sistema e serviços de manutenção e assistência técnica aos equipamentos instalados, treinamento dos revendedores e do pessoal do Serlopar, dentre outras atividades. É perfeitamente possível ocorrer a chamada "terceirização" de determinadas atividades relacionadas com a modalidade lotérica, atividades estas acessórias ou complementares ao jogo a ser explorado. Tal terceirização há de seguir as regras da Lei Federal 8666/93, pois os serviços terceirizados são basicamente os arrolados no art. 6º, inc. II. Os atos de autorização e credenciamento também são utilizados em larga escala no setor das atividades lotéricas estaduais, e envolvem o recrutamento de revendedores das modalidades de loterias. Exemplificando, o Decreto-lei nº 204, de 27 de fevereiro de 1967 traz algumas disposições sobre credenciamento de revendedores e estabelecimentos lotéricos: (...) Art 20. Nenhuma pessoa física ou jurídica poderá redistribuir, vender ou expor à venda bilhetes da Loteria Federal, sem ter sido previamente credenciada pelas Caixas Econômicas Federais, sob pena de apreensão dos bilhetes que estiverem em seu poder. Art 21. As Caixas Econômicas Federais credenciarão os revendedores de bilhetes de preferência, entre pessoas que, por serem idosas, inválidas ou portadoras de defeito físico, não tenham outras condições de prover sua subsistência. § 1º Poderão ser credenciados, para revenda de bilhetes, pequenos comerciantes, devidamente legalizados e estabelecidos que, além de outras atividades, tenham condições para fazê-lo. § 2º Nenhuma pessoa física ou jurídica de direito privado poderá ser detentora de cotas ou comercializar bilhetes da Loteria Federal em quantidade superior a 2% (dois por cento) da respectiva emissão. § 3º Ninguém será credenciado para a revenda de bilhetes em mais de uma unidade da Federação. § 4º O credenciamento de revendedores estabelecidos dependerá de prévia comprovação da existência de local apropriado e acessível ao público para a exposição e revenda de bilhetes e pagamento de prêmios. § 5º A cessão ou transferência de cota de bilhetes de loteria entre revendedores importará na perda de credenciamento dos participantes da operação" (...).

Por fim, compete aos Estados-membros, através de seus órgãos, autarquias especializadas ou mesmo Agências Reguladoras de Serviços Públicos concedidos e permitidos coordenar, regular, fiscalizar e controlar, em seu território, a execução de seus Serviços de Loterias.

7.

CONCLUSÕES

São as seguintes lições finais do presente estudo: A chamada "indústria do jogo", que abrange inúmeras modalidades de sorteio e loterias, desenvolve-se e expande-se velozmente, sobretudo em razão das grandes inovações tecnológicas e dos avanços no campo da informática, sendo necessário abordar a questão dos jogos e sorteios no Brasil a partir de uma perspectiva mais contemporânea, com especial atenção ao papel a ser desempenhado pelo Estado na direção, gestão, exploração, regulação, fiscalização e controle desse ramo de atividades; tanto a Constituição de 1967 (posterior ao Decreto-lei 204/67), quanto a de 1988, não contêm dispositivo algum em que esteja explícito - ou mesmo implícito - que o serviço público de loterias é um serviço exclusivo da União Federal;

como a própria legislação em vigor trata a loteria como um serviço público, e não como atividade econômica, não há que se falar em monopólio da União Federal, seja pela natureza da atividade, seja por não estar enumerada no art. 177 da Constituição de 1988; não sendo de competência explícita da União Federal e nem dos Municípios, não havendo proibição expressa no Texto Constitucional vigente, cabe aos estados-membros a exploração dos serviços de loteria em seus respectivos territórios, com base na sua competência residual ou remanescente (art. 25, § 1º da Carta Magna), combinado com o caput do art. 18 (autonomia dos estados-membros);

se a loteria for criada por lei estadual, está claro que não há como caracterizar-se a contravenção do art. 51 do Dec.-lei 3.688/41, pois a contravenção somente seria punível se praticada por pessoa natural, e nunca por pessoa jurídica de direito público interno, que age sempre, presumivelmente, tendo por norte o interesse público; eventuais litígios devem ser resolvidos pelo STF, com arrimo no art. 102, I, (f) da Carta de 1988; o ato federal de ratificação da loteria paranaense - Decreto nº 704, de 15.03.62, do Conselho de Ministros - assim como outros decretos que ratificavam loterias de outros estados da Federação, foram revogados pelo Decreto de 25 de abril de 1991, expedido pelo então Presidente Fernando Collor, revelando a total desconformidade dessa exigência de ratificação com o modelo federativo inaugurado pela Carta de 1988; a legitimidade e a legalidade da exploração de loteria pelos Estados, como serviços públicos estaduais é, desde o advento da Constituição Federal de 1967, e com mais propriedade a partir da Carta de 1988, inquestionável;

Por razões de melhor aproveitamento do potencial do serviço de loterias - sobretudo tendo em vista que o produto de sua arrecadação é geralmente destinado a programas de cunho social e assistencial, por vezes também fomentando atividades esportivas - são criados pelos Estados várias modalidades de loterias;

Insta registrar que é a lei o instrumento que qualifica a atividade lotérica como um serviço público. A rigor, a atividade lotérica não configura uma "atividade administrativa de prestação". E se de prestação não se trata, o jogo lotérico explorado pelo Estado não gera diretamente a satisfação de necessidades da coletividade, ou seja, não há "prestação ao público". O que ocorre, a bem da verdade, é a obtenção de receitas, de recursos para o Tesouro e que são destinados a algumas áreas ou setores em que há a atuação do Estado, como vem a ser a assistência social ou mesmo o incentivo de atividades esportivas. A natureza jurídica da atividade lotérica seria, se previamente considerada uma atividade estatal, a de fomento, e não a de serviço público, por não estarem nela presentes as notas característica e definidoras do serviço público; Sem prejuízo disso, "para ser legítima, a atividade lotérica deverá contar sempre com a participação ou chancela do Estado, seja através da exploração direta por seus órgãos ou entidades, seja mediante delegação de sua exploração a particulares, sendo considerada pela legislação em vigor uma derrogação excepcional das normas de direito penal (Barroso); não se admite confundir loteria autorizada por lei - que é espécie de "sorteio" - com "jogo de azar";

as modalidades lotéricas estaduais caracterizam um SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL, o qual encontra-se submetido às regras das Lei federais n. 8666/93 e 8987/95, podendo ser exercido (i)exclusivamente pela Administração Pública, (ii) pela Administração pública em parceria com um prestador de serviços (algumas atividades seriam terceirizadas), com autorizações e credenciamentos de revendedores ou estabelecimentos lotéricos, ou (iii) exclusivamente por particulares, através de um contrato de concessão ou permissão de serviços públicos; e

finalmente, cabe aos Estados-membros, com autonomia, através de seus órgãos, autarquias especializadas ou mesmo Agências Reguladoras de Serviços Públicos concedidos e permitidos coordenar, regular, fiscalizar e controlar, em seu território, a execução de seus Serviços de Loterias.

BIBLIOGRAFIA

- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Princípios de derecho público económico : modelo de estado, gestión pública, regulación económica. Granada : Comares, 1999
- ATALIBA, Geraldo. Loteria : possibilidade jurídica de sua exploração pelos estados federados (parecer). Revista de Direito Público, n. 78, p. 80-93, abr./jun. 1986.
- BARROSO, Luís Roberto. Loteria - competência estadual - bingo (parecer). Revista de Direito Administrativo, v. 220, p. 262-277, abr./jun. 2000.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Dos jogos de bingo por máquinas no país. Revista de direito constitucional e internacional, v. 8, n. 31, p. 74-89, abr./jun. 2000.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Parecer, 2000. CRETELLA JR. José. Sistemas de Consórcios e Sorteios. Comentários à Constituição Brasileira de 1988, v. III, arts. 18 a 22, Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1990.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública, 3^a ed. São Paulo : Atlas, 1999.
- FERNANDES, Antonio Scarance. Considerações sobre o "vídeo- pôquer" como atividade criminal. Justitia, São Paulo, a. 52, v. 152, p. 84-92, out./dez. 1990.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Concessões de serviços públicos : comentários às leis n. 8.987 e 9.074, de 1995. São Paulo : Dialética, 1997.
- MARTINS, Ives Gandra. Sistemas de Consórcios e sorteios. Comentários à Constituição do Brasil. v. 3, tomo I., São Paulo : Saraiva, 1992.
- MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. São Paulo : RT, 1992. _____. (coord.). Concessão de serviço público. São Paulo : RT, 1995.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legalidade de lei autorizativa de realização de concurso de prognósticos (parecer). Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, v. 40, p. 236-242, 1988.
- OLIVEIRA, José Carlos de. Concessões e Permissões de Serviços Públicos. Bauru, SP : Edipro, 1996.
- PONTES FILHO, Valmir. Loterias : sua exploração por particulares. A & C : Revista de Direito Administrativo e Constitucional, v.2, n. 1, p. 131-141, 1999.
- REALE JR., Miguel. Parecer, 1997.
- ROCHA, Fernando Antônio Dusi. Regime Jurídico dos contratos da administração. atual., ampli., 2.ed. Brasília : Brasília Jurídica, 2000.
- SANTOS, Paulo de Tarso. O Estado de São Paulo e a exploração da Loteria. Revista de Direito Público, n. 76, p. 88-89, out./dez. 1985.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Loterias estaduais na Constituição de 1988 (parecer). Revista de Direito Público, n. 91, p. 95-102, jul./set. 1989.
- TÁCITO, Caio. Loteria estadual - limites de emissão de bilhetes - autonomia estadual (parecer). Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, v. 40, p. 50-64, 1988.
- _____. Loterias estaduais : criação e regime jurídico (parecer). Revista de Direito Público, n. 77, p. 75-79, jan./mar. 1986.
- TRIGUEIRO, Oswaldo. Loteria estadual (parecer). Revista de Direito Público, n. 76, p. 37-42, out./dez. 1985.

(*) Gustavo Henrique Justino de Oliveira é Procurador do Estado do Paraná. Advogado em Curitiba. Doutorando em Direito do Estado na USP. Coordenador de Pós-Graduação nas Faculdades do Brasil