



PROCURADORIA LEGISLATIVA

PARECER AO PROJETO DE LEI Nº 131/2021

INICIATIVA: Poder Executivo Municipal

À MESA DIRETORA

Senhor Presidente,

O projeto sob análise, de autoria do Poder Executivo Municipal, através do Prefeito Victor da Silva Coelho **“DISPÕE SOBRE A CRIAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE LOTERIA NO MUNICÍPIO DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM-ES, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS”**.

Pois bem, a matéria – LOTERIAS atualmente é disciplinada pelo Decreto-Lei 204/1967, que estabelece que o referido serviço é de competência exclusiva da União, vejamos:

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.

A pretensão de municípios instituírem Loteria própria não é pioneira. Inclusive, o STF já se manifestou contrário a esta iniciativa, vide Arguição de Descumprimento Preceito Fundamental 337, muito embora tenha adotado outro fundamento àquela época, vejamos:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 337 MARANHÃO RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO REQTE.(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA INTDO.(A/S): CÂMARA MUNICIPAL DE CAXIAS ADV.(A/S) :SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS PROCESSO OBJETIVO – PEDIDO DE LIMINAR – CONVERSÃO – JULGAMENTO DE MÉRITO – POSSIBILIDADE. Devidamente aparelhada a arguição de descumprimento de preceito fundamental para o exame definitivo da controvérsia constitucional submetida ao crivo do Supremo, surge possível a conversão do julgamento da medida cautelar em decisão de mérito. Precedentes: ação direta de inconstitucionalidade nº 4.136, relator ministro Cezar Peluso, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 1º de março de 2013; ação direta de **“Feliz a Nação cujo Deus é o Senhor”**





inconstitucionalidade nº 5.253, relator ministro Dias Toffoli, com acórdão veiculado no Diário da Justiça de 1º de agosto de 2017.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO – CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE – ARTIGO 103, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Ante a imperatividade do preceito constitucional, o papel da Advocacia-Geral da União é a defesa da norma impugnada.

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – CABIMENTO – SUBSIDIARIEDADE. 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. Viola preceito fundamental atinente ao pacto federativo a edição de lei municipal a versar concurso de prognósticos mediante sorteios, considerada competência legislativa privativa da União – artigo 22, inciso XX, da Constituição Federal.

A C Ó R D Ã O Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em converter a apreciação da medida cautelar em exame de mérito e **julgar procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 1.566, de 28 de abril de 2005, do Município de Caxias/MA, nos termos do voto do relator e por unanimidade, em sessão presidida pelo Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas. Brasília, 17 de outubro de 2018.** MINISTRO MARCO AURÉLIO – RELATOR (destaco)

De toda sorte, as iniciativas contemporâneas correm o risco de atrair, além de eventuais vícios de origem e vedação prevista na Lei Complementar nº 173 de 2020, o flagrante conflito em face da Constituição da República/88.

Distintamente, no julgamento das Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF's nºs 492 e 493, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento pela possibilidade de exploração de serviços de Loteria por outros entes da União assim dispendo:

Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental. Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Artigos 1º, caput, e 32, caput, e § 1º do Decreto-Lei 204/1967. **Exploração de loterias por Estados-membros. Legislação estadual. 3. Competência legislativa da União e competência material dos Estados. Distinção. 4. Exploração por outros entes federados. Possibilidade.** 5. Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental conhecidas e julgadas procedentes. Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida e julgada improcedente. (destaco)

Portanto, na ocasião a Suprema Corte entendeu que não se pode inferir no texto constitucional a possibilidade de a União, por meio da legislação infraconstitucional, excluir

“Feliz a Nação cujo Deus é o Senhor”





outros Entes Federativos (incluem-se os municípios) da exploração de atividade econômica (serviço público) autorizada pela própria Constituição.

Isso se dá não só porque tal realidade cria um desequilíbrio em seu próprio benefício, não autorizado pelo art. 19, III da Constituição Federal de 1988, mas também em razão de a Constituição não lhe ter atribuído essa autoridade.

Ora, o ministro relator da referida ADPF, GILMAR MENDES consignou em seu voto que o art. 22, XX, da Constituição Federal confere competência privativa da União apenas para legislar sobre a matéria, sendo de competência prevista apenas formal, a esse dispositivo não se pode conferir interpretação estendida para também gerar uma competência material exclusiva do ente federativo, que não consta no rol taxativo previsto no art. 21 da Constituição.

Contudo, a decisão pacificada no Supremo Tribunal Federal não alcança com clareza a adoção da medida nos municípios. Residindo aí a imprecisão dos referidos projetos de lei.

Inclusive, ressoou a voz do Ministro CESAR PELUZO no desfecho do seu voto, no julgamento da ADI 2847:

“Admito que, no caso da loteria, se trata de serviço público, e que o exercício da atividade não constitua monopólio, mas a regulamentação desse exercício, é sem dúvida, monopólio da União. **Isto é, desde que as atividades de sorteio e consórcio sejam regulamentadas, as entidades federativas podem exercê-las sob o governo da norma proveniente da União**” (ADI 2847, Relator(a) CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 05/082004, DJ 26-11-2004 PP-00026 EMENT VOL 02174-1 PP-00012 RTJ VOL 00192-02 PP 00575)”. (destaco)

Consignou, ainda, o Senhor Relator que:

“Dessa forma, em resumo, a mim parece acertado inferir que as legislações estaduais **(ou municipais)** que instituíam loterias em seus territórios tão somente se vinculam a competência material que lhes foi franqueada pela Constituição.” (destaco)

Portanto, para contribuir de forma concreta com o instigante debate, é indispensável lembrar que as ações em comento questionaram dispositivos do Decreto-Lei 204, de 27 de fevereiro de 1967, diploma que proibiu a criação de novas Loterias estaduais, a manutenção apenas das Loterias existentes à época e a limitação das atividades destas. Com a procedência das ações, o STF reconheceu aos entes subnacionais o direito de viabilizarem a atividade, desde que atendo-se às modalidades lotéricas instituídas pela União, única competente para legislar inovadoramente sobre o assunto.

“Feliz a Nação cujo Deus é o Senhor”





Diversamente do que ocorre com estados e o Distrito Federal, os municípios não têm a chamada competência residual prevista no art. 25, §1º, da CF/88; a referida técnica de distribuição de poderes remonta às origens do federalismo e deixa para os estados-membros tratarem de competências que não tenham sido fixadas como privativas da União (art. 21 da CF/88) ou Municípios (art. 30 da CF/88).

A Constituição da República, mesmo ao intitular os municípios como entes federativos em 1988 de forma inovadora, não adotou a mesma técnica de divisão de poderes que destinou aos Estados e ao Distrito Federal.

Não se desconhece, por outro lado, as declarações nos votos dos ministros do STF no julgamento das ADPFs 492 e 493 que fazem referências a competência dos municípios. Contudo, o fundamento preponderante para a não-recepção dos dispositivos do Decreto-Lei 204/67 está na colisão que o referido diploma promovia entre a exclusividade da União para explorar loterias, notadamente no art. 1º do Decreto-Lei, norma de origem infraconstitucional, e a competência residual dos Estados previstas no art. 25, §1º, CF/88, norma de origem constitucional.

O grande obstáculo reside no trecho do acórdão que assim se refere:

“(iii) A competência privativa da União para legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios (art. 22, inciso XX, da CF/88) não preclui a competência material dos Estados para explorar as atividades lotéricas nem a competência regulamentar dessa exploração. Por esse motivo, a Súmula Vinculante 2 não trata competência material dos Estados de instituir loterias dentro das balizas federais, ainda que tal materialização tenha expressão através de decretos ou leis estaduais, distritais ou **municipais**.” (destacamos).

Portanto, o trecho não atribui aos municípios viabilizar loteria. A eles, nos termos do art. 30 da CF/88, é dado legislar sobre assuntos de interesse local, tributos de sua competência etc.

Dito isto, é inegável que poderão regravar, como por exemplo, a localização ou tempo de atendimento de agentes lotéricos (i.e., a “materialização”, local, da atividade), incidência do tributo municipal sobre essas atividades ou outras matérias circunscritas nas normas do art. 30 da constituição, mas não há clareza sobre a instituição de Loteria ou Sorteios, conforme dispôs a Sumula Vinculante 02/STF, vejamos:

Súmula Vinculante 2 - Bingos e Loterias

É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.

“Feliz a Nação cujo Deus é o Senhor”





Publicação - DJE nº 31/2007, p. 1, em 6-6-2007

Dentro do quadro normativo apresentado, a única alternativa aos municípios é buscar a colaboração com o estado em que ele se insere, ou com a União, para ter repasse de parte da arrecadação em seu território, além da cobrança do ISSQN (Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza) sobre o negócio das Loterias.

Portanto, há grande divergência sobre a matéria posta a consulta, inclusive o advogado, mestre em Direitos e Garantias Fundamentais e professor da Faculdade de Direito de Vitória (FDV) Diego Pimenta Moraes, concorda que o entendimento do Supremo é no sentido de permitir essas iniciativas por parte das câmaras e prefeituras.

Contudo, alerta para uma possível insegurança jurídica acerca do tema, apesar de que o argumento a respeito da insegurança jurídica, no entanto, não equivale à ilegalidade, esclarecendo o advogado numa entrevista ao jornal A Gazeta em 23/09/2021 (<https://www.agazeta.com.br/es/economia/cidade-vai-criar-primeira-loteria-municipal-do-es-entenda-0921>), assim considerando:

“O Município esta tentando explorar uma atividade e isso faz parte das regras do jogo democrático. É uma zona cinzenta de algo que não está totalmente estabelecido e aí poder ter essa discussão”

Conclui-se, portanto, que não há clareza jurídica quanto a possibilidade de municípios em explorar loterias, fato é que a aprovação da criação da Loteria por alguns Municípios da nação é uma realidade. Em caso de entendimento diverso, caberá a Procuradoria-Geral da República, questionar a legislação da loteria municipal instituída junto ao Supremo Tribunal Federal depois da mutação Constitucional sobre o tema.

É o parecer, s.m.j.

Cachoeiro de Itapemirim-ES, 15 de dezembro de 2021.

ALEX VAILLANT FARIAS

Procurador Legislativo Geral

OAB/ES 13.356

“Feliz a Nação cujo Deus é o Senhor”

