

# Permissões Lotéricas: natureza jurídica de serviço público e contrafação administrativa

**Carolina Reis Jatobá Coêlho**

*Advogada da CAIXA no Distrito Federal  
Doutoranda em Direito Administrativo pela PUC/SP  
Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo  
Centro Universitário de Brasília/DF  
Especialista em Direito Público pela ESMPDFT e  
em Direito Constitucional pelo IDP/DF*

## RESUMO

A temática dos jogos de azar tem sido, de forma geral, objeto de atenção do legislador brasileiro. Atualmente, tramitam no Congresso Nacional projetos de lei (um deles, por exemplo, datado da década de 1990) destinados a tratar a exploração do serviço pela iniciativa privada, passando pela legalização de cassinos, bingos e apostas eletrônicas (caça-níqueis); pelo restabelecimento das já no passado autorizadas Loterias Estaduais, até a atenuação da contravenção penal do “jogo do bicho”. Para além do debate entre as vantagens e desvantagens de estabelecimento de um novo marco jurídico para tratamento do tema, é necessário conhecer o arcabouço legal e a evolução histórica dele para entender por que a União detém a titularidade do serviço, por que ele é considerado público e, ainda, por que de sua natureza jurídica de permissão, e individualização da permissão lotérica. Soma-se ao estudo o conceito de contrafação administrativa, como hipótese para se testar se é o caso de considerá-la no contexto da formação do serviço público, bem como da permissão lotérica, e, ainda, diante da ausência de precedência de licitação das mesmas. O objeto é complexo e merece zelo no seu tratamento, motivo pelo qual a academia tem muito a ofertar no âmbito do debate público, seja para identificar as contrafações, seja para evitá-las.

Palavras-chave: Jogos de Azar. Permissão Lotérica. Monopólio da União. Contrafações Administrativas.

## SUMMARY

The theme of gambling has been, in general, an object of attention of the Brazilian legislature. Currently, bills are being drafted in the National Congress (one of them dating from the

90s) to treat the exploitation of the service by private initiative, through the legalization of casinos, bingos and electronic betting, State Lotteries and even mitigation of the criminal contravention of the “jogo do bicho”. Whereas the debate between the advantages and disadvantages of establishing a new legal framework to deal with the topic, it is necessary to know his legal and the historical evolution to understand why the service is federal and public and to persuit the logic behind the Lottery Service. The concept of administrative counterfeiting is added to the study as a hypothesis to test if it is the case of considering it in the context of the public service format, as well as the Lottery Service, and also, due to the absence of bidding precedence of the Themselves. The object is complex and deserves zeal in its treatment, which is why the academy has much to offer in the context of public debate, either to identify counterfeits or to avoid them.

Keywords: Gambling. Lottery Permission. Monopoly of the Union. Administrative Counterfeits.

## Introdução

A temática dos jogos de azar tem sido, de forma geral, objeto de atenção do legislador brasileiro. Atualmente, tramitam no Congresso Nacional alguns projetos de lei (um deles datado da década de 1990) visando à criação de marcos regulatórios, desde a exploração do serviço pela iniciativa privada, passando pela legalização de cassinos, bingos e apostas eletrônicas (caça-níqueis) ou restabelecimento das já no passado autorizadas Loterias Estaduais e até mesmo atenuação da contravenção penal do “jogo do bicho”<sup>1</sup>.

Por trás dos debates, há controversas discussões paralelas<sup>2</sup>, de um lado, prevendo impactos sociais negativos, seja pelos eventuais prejuízos coletivos advindos do estímulo direto ou indireto a outros eventos indesejados, como o comércio de drogas, armas e prostituição, a lavagem de dinheiro ou violência real

<sup>1</sup> Confira-se a propósito. PL 442/91 – Câmara dos Deputados. Tramitação: Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário disponível em < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15460> >. Acesso em 13.06.2017; PLS 62/2007 – Senado. Tramitação: Remetido à Câmara dos Deputados. Disponível em < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/80075> > . Acesso em 13.06.17.

<sup>2</sup> Confira-se reportagem em vídeo da TV Câmara. Disponível em < <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/REPORTAGEM-ESPECIAL/508491-LEGALIZACAO-DOS-JOGOS-NO-BRASIL-LOTERIAS-ESTADUAIS,-CASSINOS-E-BINGOS-BLOCO-2.html> > . Acesso em 13.06.17

(ou mesmo simbólica) e a atenuação de tais impactos pela prevenção ao vício individual, pela exploração do jogo responsável, conscientização da complexidade da atividade com consequente elaboração de códigos de conduta, *compliance* e boas práticas.

Por outro lado, há quem defenda os eventuais benefícios da ampliação e movimentação econômica desse mercado, como a criação de empregos, não só nas atividades centrais, mas também periféricas, ligadas ao comércio de lazer, incluindo serviços de bar, restaurantes, apresentações artísticas, culturais e suplementares, utilizando-se da experiência estrangeira. Além de tais benefícios, pensa-se também no aumento do volume de arrecadação fiscal (com impostos e taxas) e retorno financeiro indireto do Estado (rendimento parcial em tarifas, capitalização do investimento, participação societária).

Como ponto comum, os Projetos Legislativos apresentam o licenciamento da exploração dos jogos pela União, por intermédio de institutos jurídicos de autorização, concessão ou mesmo permissão administrativa, como já o é atualmente. A exploração poderá ser direta por intermédio da CAIXA – Caixa Econômica Federal ou suas empresas subsidiárias do conglomerado financeiro. Quando houver outorga, ela deverá ser precedida de licitação, tipo técnica e preço e julgamento do maior investimento proposto. A União utilizar-se-á do braço operacional do Ministério da Fazenda e da CAIXA, de forma direta, para regulamentar, fiscalizar e operacionalizar as atividades.

Curiosamente, em todo o mundo a sistemática de exploração dos jogos de azar, de modo geral (não se sabe se pela compensação de valores morais envolvidos), só é autorizada pelo Estado e sob a lógica de que sua finalidade precípua é a contrapartida da aplicação dos recursos arrecadados em políticas públicas ou iniciativas coletivas em prol da sociedade, como instituições de caridade, montepios, prisões, ensino ou fomento à saúde e infância e ao esporte, passando também pela criação de fundos especiais.

Nos Estados Unidos da América – EUA, por exemplo, “há registros de que, no período entre 1790 e 1865, foram erguidas, com recursos de loterias, 50 universidades, 300 escolas e 200 igrejas. Instituições de prestígio, como *Harvard*, *Yale*, *Princeton* e *Columbia*, devem sua fundação às loterias”<sup>3</sup>, ao passo que a Itália

<sup>3</sup> IPEA. CANTON, Ana Maria (Coordenadora). *A Rede Lotérica no Brasil*. Brasília: 2010. Disponível em < [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6476](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=6476) > . Acesso em 16.06.17.

lia, França, Bélgica, Países Baixos, Alemanha e Portugal também aplicavam recursos em casas de misericórdia, escolas e segmentos relacionados à educação, à saúde, ao esporte, à assistência social e cultura<sup>4</sup>.

De acordo com essas simples colocações, se verifica por que o assunto merece atenção na agenda brasileira, sendo necessária a ampliação dos debates que ocorrem na esfera legislativa. Ao mesmo tempo, não há muitos trabalhos nem acadêmicos nem acessíveis ao grande público e, também, é ainda desconhecida a lógica por trás do monopólio da atividade pela União, seu acompanhamento e a fiscalização das outorgas, justificado no nítido interesse público da manutenção de Fundos Públicos alimentados pelas receitas advindas, o que revela que não se trata de um assunto simples, como faz crer as dicotomias expostas resumidamente anteriormente.

Sem pretensão de esgotar o tema, o artigo pretende colaborar com o debate, delineando-se os seguintes objetivos: i) descrever o histórico legislativo que ampara as permissões de exploração do jogo de azar e orientaram a atuação do Estado brasileiro e dos permissionários, ao longo do histórico normativo, justificando a natureza jurídica de serviço público da União e derrogação das normas penais, sempre justificando a aplicação dos recursos advindos das receitas em políticas públicas; ii) partindo da premissa de que se trata legalmente de um serviço público da União outorgado via permissão, instrumento jurídico de natureza precária, descrever algumas implicações jurídicas decorrentes, bem como analisar criticamente se estamos diante

<sup>4</sup> Segundo IPEA. CANTON, Ana Maria (Coordenadora). A Rede Lotérica no Brasil. Brasília: 2010. Disponível em < [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6476](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=6476) > . Acesso em 16.06.17. Alemanha: cultura, ações sociais, esporte e educação; Argentina: Desenvolvimento social, meio ambiente; Bélgica: Deficientes físicos, cultura; Bolívia: Setor de saúde, programas de beneficência e salubridade; Brasil: Seguridade social, educação, esporte, cultura, segurança pública, saúde; Canadá (Província de Ontário): Hospitais, ações sociais; Colômbia: Saúde; Costa Rica: Bem estar social, saúde; Chile: Assistência à infância e a idosos, saúde e esporte; Dinamarca: Educação; El Salvador: Bem estar social; Equador: Saúde, educação, assistência ao idoso; Espanha: Saúde; Estados Unidos: Educação, saúde; Finlândia: Esporte, ciências, artes; Guatemala: Assistência à infância; Holanda: Educação; Honduras: Assistência à infância; Inglaterra: Artes, esportes, ações sociais, saúde; Irlanda: Cultura, esporte; México: Educação, saúde; Noruega: Esporte, cultura, pesquisa; Panamá: Saúde, esporte; Porto Rico: Saúde Portugal: Saúde, bem-estar de crianças; República Dominicana: Obras filantrópicas voltadas às crianças, aos idosos e a doentes mentais.

de uma contrafação administrativa, considerando o objeto sob a ótica da exploração econômica monopolística; iii) tratar da Lei das Permissões Lotéricas (Lei nº 13.177/15), sob o enfoque da sua constitucionalidade, a qual considerou válidas mais de 6 mil lotéricas sem outorgas de permissão precedidas de licitação.

## **1 Contexto Histórico e Legislativo da Exploração de Loterias no Brasil**

Somente em 1784 e ainda no período colonial é que as loterias apareceram oficialmente no Brasil, no atual estado de Minas Gerais. Consta que o objetivo era arrecadar recursos para o término das obras da Casa de Câmara e Cadeia (hoje Museu da Inconfidência) de Vila Rica, atual Ouro Preto, então capital da Capitania. Após, com a vinda da Corte Portuguesa, em 1808, as loterias proliferaram por todo o Brasil em prol de Santas Casas e outras instituições assistenciais e culturais em todo país. Isso, no entanto, trouxe consequências negativas, pois as irregularidades eram frequentes (CANTON, 2010).

A Independência não alterou essa situação, que se manteve durante o reinado de D. Pedro I. O quadro só mudou na Regência do padre Diogo Antônio Feijó, que, em 1831, proibiu as concessões e as extrações de loterias por conta do descontrole nas concessões. A proibição só vigorou até novembro de 1837, quando, na regência de Pedro de Araújo Lima, a Assembleia Geral Legislativa sancionou os Decretos nº 153 e nº 154, os quais autorizaram expressamente a extração de loterias em favor do Teatro da Praia de D. Manuel e do Teatro Fluminense, ambos no Rio de Janeiro (CANTON, 2010).

Em novembro de 1840, meses depois de declarada a maioria de D. Pedro II, foi editado o Decreto nº 57, o qual procurou disciplinar as vendas de bilhetes e as extrações de loteria. Em 11 de agosto de 1841, o Decreto nº 92 introduziu normas para aumentar o controle do governo sobre a loteria. As novas regras, no entanto, só foram acatadas no Rio de Janeiro: nas províncias, as loterias continuaram a ser concedidas com irregularidades. Foi somente em 27 de abril de 1844, por meio do Decreto nº 357, que se regulamentou a loteria brasileira de forma mais eficaz. Nas quase duas décadas seguintes, a atividade lotérica se manteve regular (CANTON, 2010).

Com a criação da Caixa Econômica Federal (Monte Socorro da Corte), em 12 de janeiro de 1861, por intermédio do Decreto nº 2.723, D. Pedro II atribuiu-lhe a fiscalização das loterias, e em 16 de janeiro de 1861, por meio do Decreto nº 2.936, autorizou

a extração de bilhetes pela Corte, com alcance nacional. De 1900 a 1932, a legislação disciplinou as atividades lotéricas com prazo de concessão reduzido de dez para sete anos, e, posteriormente, para cinco, demonstrando a preocupação do governo com o regime de concessões e dando a ele prerrogativas de alterar as normas em caso de risco ao sistema, inclusive mudar o concessionário, já que essas lucravam bastante, havia denúncias de fraudes e a população não se beneficiava muito, a não ser indiretamente (RIBEIRO, 2002).

Em 1932, foi editado o Decreto nº 21.143, na intenção de constituir um marco legislativo sobre Loterias, uma vez que a legislação era dispersa e, por vezes, contraditória. O decreto revogou a legislação federal e estadual então existente e fixou algumas premissas: i) obrigatoriedade de contratação via concorrência pública para loterias federais e estaduais; ii) proibição de prorrogações de contratos em curso efetivados sem prévia concorrência; iii) extração de bilhetes; iv) distribuição dos produtos líquidos da exploração; v) estabelecimento de que União e Estados poderiam celebrar ajustes e convenções para realizar obras de assistência social e culturais contempladas por recursos das Loterias; v) fiscalização das loterias estaduais pela federal.

Daí, se extrair que já existia uma tendência legislativa pela centralização de atividades de fiscalização, a despeito de se reconhecer a existência de modo de exploração estadual e federal. Em 1944, o Decreto-Lei nº 6.259/44, que ainda dispõe sobre alguns aspectos do serviço de loterias, estabeleceria expressamente que a execução desse serviço poderia ser federal ou estadual. Neste último caso, a execução e a fiscalização ficariam adstritas aos limites territoriais do Estado. Além disso, a União e os Estados poderiam atribuir a exploração do serviço de loteria a concessionários de comprovada idoneidade moral e financeira. Vejamos:

DECRETO-LEI Nº 6.259 DE 10 DE FEVEREIRO DE 1944.  
Art. 1º O Serviço de loteria, federal ou estadual, executar-se-á, em todo o território do país, de acordo com as disposições do presente Decreto-lei.

Art. 2º Os Governos da União e dos Estados poderão atribuir a exploração do serviço de loteria a concessionários de comprovada idoneidade moral e financeira.  
§ 1º A loteria federal terá livre circulação em todo o território do país, enquanto que as loterias estaduais ficarão adstritas aos limites do Estado respectivo.

§ 2º A circulação da loteria federal não poderá ser obstada ou embaraçada por quaisquer autoridades estaduais ou municipais.

Art. 3º A concessão ou exploração lotérica, como derrogação das normas do Direito Penal, que proíbem o jogo de azar, emanará sempre da União, por autorização direta quanto à loteria federal ou mediante decreto de ratificação quanto às loterias estaduais.

Curiosamente, a vinculação da exploração do jogo às atividades tipicamente sociais era sempre lembrada, e a população – que questionava a idoneidade dos permissionários e seus lucros – foi submetida às massivas campanhas publicitárias que justificavam o interesse público envolvido nas extrações, ordinárias e especiais, como foi o caso daquela realizada no mandato de João Goulart, a qual afirmava que “bilhetes em branco” (sem prêmios) não existiriam, pois toda a sociedade passaria a ser premiada, ou seja, se o apostador não ganhasse prêmios do sorteio, ganharia na forma de benefícios sociais gerados pelas apostas.

Após o golpe de 1964, muitos contratos foram cancelados unilateralmente e houve uma devassa na Administração dos Serviços da Loteria Federal – ASLF, encarregada de fornecer os bilhetes aos revendedores, visando apurar eventuais irregularidades praticadas por empregados das Caixas. Nada foi provado; mesmo assim, muitos revendedores ficaram sem bilhetes ou tiveram sua cota reduzida. Segundo depoimentos de empresários lotéricos que viveram esses acontecimentos, nos primeiros tempos do regime militar pessoas que não eram do ramo, entre eles políticos e militares, retinham a maior parte dos bilhetes da Loteria Federal e os repassavam para os revendedores mediante o pagamento de ágio, o chamado câmbio negro. Os revendedores eram obrigados a se submeter a isso para obter a quantidade de bilhetes necessária para suprir sua clientela (RIBEIRO, 2002).

Para reverter essa situação, os empresários lotéricos se uniram. Em 22 de dezembro de 1966, foi fundada a Associação dos Lotéricos do Estado de São Paulo – ALESP. Foi a primeira de várias entidades da classe no país. Os lotéricos reivindicavam a volta de todas as cotas de bilhetes da LFB para as Caixas Econômicas, mas isso só foi conseguido no segundo semestre de 1967. Assim, do primeiro semestre de 1964 até o segundo semestre de 1967, os revendedores ficaram sujeitos à intermediação de “atravessadores” (RIBEIRO, 2002).

Em fevereiro de 1967, já no final do mandato do primeiro presidente da República do regime militar, general Humberto Castelo Branco, foi publicado o Decreto-Lei nº 204/67, que merece pelo menos quatro destaques: i) o serviço lotérico nova-

mente foi reconhecido como serviço público exclusivo da União não suscetível de concessão; ii) reconheceu-se que sua exploração constitui derrogação excepcional das normas do Direito Penal, o que também justifica a competência legislativa exclusiva da União; iii) é proibida a criação de loterias estaduais, permanecendo aquelas já criadas, que não poderiam aumentar as suas emissões de bilhetes, ficando limitadas às quantidades em vigor na data da publicação do ato normativo; iv) a renda líquida obtida com a exploração do serviço de loteria será obrigatoriamente destinada a aplicações de caráter social e de assistência médica e empreendimentos do interesse público.

Assim, as loterias estaduais criadas antes do Decreto-Lei 204/67 estariam autorizadas a operarem, com fundamento na legislação existente. É dizer: a partir do marco legal, estariam autorizadas à manutenção de suas atividades as seguintes loterias estaduais, em número de 15, criadas antes de 1967: i) Rio Grande do Sul (1843); ii) Pará (1856); iii) Rio de Janeiro (1940); iv) São Paulo (1939); v) Paraná (1956); vi) Santa Catarina (1966); vii) Espírito Santo (1964); viii) Minas Gerais (1944); ix) Paraíba (1955); x) Goiás (1951), xi) Ceará (1947); xii) Pernambuco (1947); xiii) Piauí (1959) xiv) Mato Grosso (1953) e xv) Mato Grosso do Sul (1953), limitando-se sua atuação estritamente às extrações de bilhetes já existentes à época da edição normativa.

Interpretando-se as normas relativas à atividade de extração de loterias e sua importância histórica em conjunto com a Lei de Contravenções Penais (em especial, a alteração realizada pelo Decreto-Lei nº 9.215/46 em seu artigo 50), confirmamos que a exploração de jogos de azar encontra-se proibida no Brasil.

Art. 50 - Estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele:

(.....)

§ 3º - Consideram-se jogos de azar:

a) o jogo em que o ganho ou a perda dependem exclusiva ou principalmente ao fator sorte."

A exploração de Loterias, Federal e Estadual, apesar da proibição referente a jogos de azar, foi excluída do âmbito penal, por força do Decreto nº 21.143/32, o qual relacionou como "serviço público as loterias concedidas pela União e pelos Estados" e, mais especificamente, a partir da edição do Decreto-Lei nº 6.259/44, instrumento legal em que foi dedicado um artigo especificamente para recobrir as loterias de um verniz de legalidade, separando-as das outras espécies de jogos e, consequente-

mente, promovendo a sua exclusão do alcance da Lei de Contravenções Penais.

Essa exclusão se verifica a partir de uma situação bastante peculiar: o serviço estatal de loterias, devidamente reconhecido como tal, passa a sustentar-se em uma derrogação das normas de Direito Penal (revogação parcial de uma lei, no caso, o artigo 50 da Lei de Contravenções somente naquilo que representasse impedimento à exploração de loterias).

Por fim, buscando os desdobramentos históricos que envolvem os jogos de azar no Brasil, verifica-se que a proibição pode justificar a restrição e acompanhamento pela União, bem como a sua condição de serviço sob a tutela do Estado, prestado de forma federal e organizado por Empresa Pública. Também da análise da legislação, conclui-se que, desde 1932, a extração de Loterias é considerada efetivamente como “serviço público”, embora o termo não encontre relação direta com o conceito doutrinário tradicional, que remete a “certas atividades (consistentes na prestação de utilidade ou comodidade material) destinadas a satisfazer a coletividade em geral” (..) e que, “em dado tempo ou lugar, o Estado reputa que não convém relegá-las simplesmente à livre iniciativa, ou seja, que não é socialmente desejável que fiquem só assujeitadas à fiscalização e controles que exerce sobre a generalidade das atividades privadas (fiscalização e controles estes que se constituem no chamado “poder de polícia”)” (MELLO, 2014, p. 628).

A questão que se sucede é: pode-se considerar a derrogação de norma penal como justificativa para caracterizar o serviço como público ou esta seria uma mera ficção jurídica apta a legitimar o monopólio da exploração desse serviço pela União?

## **2. Natureza Jurídica do Serviço Público e do Serviço Lotérico. Conceito de contrafação administrativa**

Como dito anteriormente, com o Decreto-Lei nº 6.259/44 há uma especificação bastante representativa dos regulamentos de Loterias, agora tratando do procedimento a ser adotado para a concessão ou exploração lotérica, que se dará por autorização direta quanto à loteria federal ou mediante decreto de ratificação, quanto às loterias estaduais já existentes. Vejamos:

Art. 3º A concessão ou exploração lotérica, como derrogação das normas do Direito Penal, que proíbem o jogo de azar, emanará sempre da União, por autorização direta quanto à loteria federal ou mediante decreto de ratificação quanto às loterias estaduais.

Após essa legislação unificadora, o regramento sobre Loterias teria nova alteração significativa com o advento do Decreto-Lei nº 204/67, estatuto em que se reafirmou tratar-se de “serviço público exclusivo da União não suscetível de concessão”, por conta da exclusividade, a ser “executado pelo Conselho Superior das Caixas Econômicas Federais”, através da “Administração do Serviço de Loteria Federal”, com a colaboração das Caixas Econômicas Federais, bem como determinando que as mesmas Caixas, “na execução dos serviços relacionados com a Loteria Federal, obedecerão às normas e às determinações emanadas daquela Administração”.

Ao que parece, manteve-se a justificativa de cuidar de atividade que deveria ser explorada pelo ente estatal maior, com a finalidade de canalizar recursos para o custeio de programas sociais de âmbito nacional, disposição que, desde sempre, foi utilizada para promover a aceitação do produto, bem como diferenciá-lo dos demais jogos.

Cuida-se ainda que, após a edição das normas estruturantes do serviço de loterias, teve ensejo o Decreto-Lei nº 759/1969 que trouxe para a CAIXA, enquanto Empresa Pública Federal integrante da Administração Pública, a extinção das demais homônimas, em cujas atividades inseria-se a exploração de loterias:

Art 1º Fica o Poder Executivo autorizado a constituir a Caixa Econômica Federal - CEF, instituição financeira sob a forma de empresa pública, dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e autonomia administrativa, vinculada ao Ministério da Fazenda.

(...)

Art 2º A CEF terá por finalidade:

d) explorar, com exclusividade, os serviços da Loteria Federal do Brasil e da Loteria Esportiva Federal nos termos da legislação pertinente;

Diante da ausência de normas constitucionais contrárias a essas disposições, o Decreto-Lei nº 759/69 foi recepcionado pela Constituição da República de 1988, sendo também assimilado materialmente como lei, mantendo-se integralmente hígida a exclusividade da CAIXA no que diz respeito à exploração de Loterias, até os dias atuais.

A federalização do serviço, ao contrário, foi questionada no Supremo Tribunal Federal, que entendeu que, com a edição da Constituição Federal, em 1988, fixou-se, nos termos do inciso XX e I do art. 22, que a União detém competência reservada

para legislar sobre loterias e sorteios (*in litteris*, “sistemas de consórcios e sorteios”).

O tema foi discutido nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) que versavam sobre a constitucionalidade da Lei Pelé, a qual autorizava a exploração de bingos e caça-níqueis pelos Estados-Membros. O STF estendeu a interpretação para abarcar todo o conceito de jogos, incluindo consórcios, sorteios e, principalmente, loterias. O entendimento foi finalmente consolidado com a edição da Súmula Vinculante nº 02, *in verbis*:

Súmula Vinculante STF nº 02  
É inconstitucional a lei ou ato normativo Estadual ou Distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.

Portanto, a Corte Constitucional interpretou que a competência da União para legislar sobre loterias e sorteios está expressamente determinada em seu inciso XX do art. 22, da Constituição da República Federativa de 1988, e confirmou em várias ADIs, bem como editou a Súmula Vinculante nº 02 para reafirmá-la.

Além do reconhecimento da técnica de recepção constitucional, pode-se dizer que a metodologia utilizada por alguns intérpretes constitucionais foi a “interpretação a contrário”, diretriz hermenêutica que constitucionaliza não só as palavras expressamente contidas no texto, mas também as implicações do sentido contrário ao sentido de alguma lacuna, levando-se à compreensão de que há uma nova norma, não extraída diretamente de redação acaso existente, mas sim de princípios estruturantes, interpretação sistemática ou, nas palavras de Canotilho, “teleologia da regulamentação constitucional”. Se a questão não consta da dicção constitucional por uma lacuna e pode ser considerada implícita por extensão, impõe-se uma redação extensiva do sentido (MARTINS, 2011, p. 66-71).

Portanto, embora a Constituição não trate especificamente sobre atividade lotérica ou sorteio, a previsão constitucional de competência prevista no Art. 22, inciso XX, abarcaria essa referência implícita. Diante disso, pode-se entender, como o fez o Min. Carlos Ayres Britto, na ADI 2.847-2, que a Constituição i) não apresenta norma que tenha por conteúdo a instituição em si de atividade lotérica ou sorteio; ii) não contém norma caracterizadora da exploração de sorteio enquanto espécie de serviço público; iii) não apresenta norma excludente dos sorteios como atividade passível de protagonização econômica privada, donde conclui o eminente Ministro que a possível ofensa à

Constituição dar-se-ia “por negação de vigência a diploma federal, é certo, mas diploma de índole simplesmente infraconstitucional”. Registre-se que o Decreto-Lei nº 204/67 seria o “diploma federal” citado.

Portanto, a caracterização da exploração de loterias como um serviço público decorre somente do que foi assentado nos Decretos e nas Leis que trataram do tema em momento anterior à Constituição Federal de 1988, sendo que a questão relevante que se impôs a partir da sua promulgação foi a necessidade de licitação dos serviços públicos e, como a loteria era considerada “serviço público”, a necessidade de obediência a esse preceito em relação às loterias. A seguir, o artigo 175 da CRFB:

Incumbe ao Poder Público, na forma da Lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Ao determinar que somente por meio de licitação poderia ser concedida ou permitida a prestação de serviço público, a Constituição criou nova obrigação para a CAIXA, qual seja, licitar o serviço de loterias, agora considerando-se serviço público a ser outorgado mencionando a relação comercial estabelecida entre a CAIXA e o empresário lotérico e não a delegação da exclusividade do serviço conferida à CAIXA pela União, foco das legislações anteriores.

Verificando-se a noção jurídica de serviço público, tem-se que sua versão clássica repassa necessariamente pela gestão pública e, em especial, como critério de aplicação do direito e regime administrativo, bem como a delimitação do contencioso administrativo (nos ordenamentos jurídicos onde ele existe), considerando-se a derrogação do direito comum, por objetivo de preservação do interesse público (CHEVALLIER, 2017, p. 44)

As concepções originárias remetem à essência do Caso Blanco (*Arrêt Blanco* - 1781)<sup>5</sup>, que não só descortinou a responsabilidade estatal em danos causados por particulares ocasionados por pessoas empregadas pelo serviço público, mas também fixou o marco do Direito Administrativo diante do reconhecimento do serviço público como critério para definir a especialidade das normas a serem aplicáveis, afastando definitivamente a submissão às normas do Código Civil, as quais se aplicariam somente para as relações jurídicas entre particulares.

<sup>5</sup> Arrêt Blanco du Tribunal des Conflits sur Légifrance. Disponível em < [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr) >. Acesso em 23.06.17.

Naquela ocasião, duas escolas doutrinárias se enfrentam sobre a própria autonomia e identidade do Direito Administrativo, a escola do serviço público (*Duguit*) e a do poder público (*Hauriou*), em especial sua diferença estaria no critério de aplicação da disciplina. As duas ideias formaram identidades do que se conhece pelo conteúdo do Direito Administrativo, seja pelo reconhecimento do serviço público como critério para definir a especialidade das normas a serem aplicáveis, seja pela presença do Estado em um dos polos da relação.

Para que seja assim considerado, o serviço público deve conter indicação explícita de autoridade e o exercício de particularidades suficientes para identificá-lo, como a existência de finalidades perseguidas (interesse geral); o controle exercido sobre o gestor (tutela) e, ainda, a existência de prerrogativas exorbitantes (*puissance publique*), três elementos que não são verificáveis quando se trata de serviços lotéricos.

Ainda nesta linha, determinou-se que se opunham ao serviço público a execução de atividades, ainda que praticadas pelo Estado realizadas em prol do interesse financeiro, privado ou empresarial. Como exemplo aos estudos desse artigo, Chevallier chega a citar que a própria Sociedade Francesa de Jogos (Loteria) não seria considerada como uma missão de serviço público, conforme afirmado por Rolin (ROLIN, 1999).

Sob o ponto de vista da ideologia do serviço público, verifica-se que ela serve de motor para a expansão estatal, traçando linha de demarcação entre a gestão privada e a gestão pública. A superioridade estatal traduzida em forma de prerrogativas administrativas volta-se para a satisfação das necessidades coletivas de forma altruísta, posicionando-se diametralmente opostas ao espírito de lucro, relacionadas ao dinheiro, sendo que existiria uma espécie de pureza nas atividades administrativas, ao passo que as atividades industriais e comerciais, embora praticadas pelo Estado, estariam sujeitas ao regime comum ou civilista (CHEVALLIER, ANO).

Aqui não se estaria diante de serviço público a ser delegado ao particular, mas perante a necessidade imperiosa do Estado de regular mais profundamente essa atividade econômica, não sendo sequer apropriado falar-se em “regulação de serviços públicos” (MARTINS, 2011).

Ora, ao se examinar as três tipologias tradicionais de setores – mercado, serviço público e terceiro setor –, verifica-se que a exploração de jogos, por sua característica lucrativa instrínseca que visa a vantagens econômicas diretas para justificar a aplicação em obras de interesse público, não se ajusta muito bem aos conceitos de interesse público direto.

É que só indiretamente a aplicação de tais recursos são destinados à realização de objetivos mais altruístas ligados a segmentos como saúde, educação, esporte, etc. Haveria pelo Estado uma espécie de “compensação” pela alvitez do jogo? Ou será mesmo que somente a simples derrogação da norma de proibição penal – por possuir *status* de competência legislativa da União – explica assunção exclusiva do serviço na forma pública?

Ao examinar mais detidamente, pode-se até entender que não se está diante do interesse público primário, mas sim secundário do Estado (ALESS, 1970), que pode não coincidir com o interesse geral da coletividade, em especial a realização de políticas públicas voltadas para o bem-estar social, satisfazendo o interesse da sociedade, do todo social, geralmente ligados aos objetivos do Estado, os quais não são interesses ligados a escolhas de mera conveniência de Governo, mas sim determinações que emanam do texto constitucional, notadamente de seu Art. 3º, que determina expressamente a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na qual sejam garantidos o desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (MELLO, 2014, p. 55).

Ao contrário, ao analisar historicamente a evolução do conceito de exploração de jogos lotéricos, pode-se concluir que há um interesse secundário da Administração, que escolheu reter a atividade de forma exclusiva para fins de lhe dar superioridade, relevância e evitar que fiquem estritamente nas mãos de privados, com mera regulamentação e regulação do setor que poderiam não ser efetivas o suficiente. Trata-se, talvez, de uma discricionariedade legislativa (confere?), concebida de forma valorativa para justificar o que se considere abjeto para a sociedade, como são os efeitos do jogo, diretos ou indiretos.

As atividades identificam-se muito mais aquelas consideradas econômicas, por ostentarem o claro intuito lucrativo e de ampla concorrência, motivo pelo qual poderiam também estar sujeitas a uma restrição que lhes imponha uma espécie de regime especial de direito privado com derrogações. Ocorre que, observando o contexto histórico do instituto da origem da permissão lotérica, o legislador brasileiro fez, a todo o momento, opções de excluir a exploração privada, impedindo qualquer concorrência com sua própria delegação, decorrente do regime de derrogação de Direito Penal. Assim é que a atividade está muito mais próxima da justificação de uma exploração formatada

de maneira monopolista que foi sendo aberta à outorga privada, via permissão.

Não se está diante de serviços sociais ou correspondentes constitucionais que se identificam com a atuação estatal, como saúde, educação, assistência social ou previdência. Embora todos esses segmentos tenham representantes também no mercado privado, que atua essencialmente por autorização, o interesse social deles é indiscutível, motivo pelo qual se configuram como serviços públicos que, mesmo livres à iniciativa privada, estão sujeitos à regulação especial (MARTINS, 2011, p. 258).

Assim, o campo do serviço público é geralmente próprio do Estado, relacionados às atividades a ele inerentes, cuja titularidade o constituinte lhe atribui missão de prestar, devendo os particulares só prestar serviço público se houver expressa outorga e delegação do Estado, ou seja, de forma subsidiária. Nessa concepção, o Estado presta serviços públicos não porque os particulares não prestaram a contento, mas sim porque, constitucionalmente, é sua missão prestá-los, não havendo subsidiariedade, o que implica em dizer que o campo dos serviços públicos constitui atividades próprias do Estado, estranhas ao campo privado (MARTINS, 2011, p. 271).

Uma vez desconstruída a lógica que justificaria o enquadramento da loteria como serviço público, parecendo ser uma opção legislativa que se identificaria *a priori* com a forma de conceber tal mercado, ou mesmo de exercer controle sobre ele, cumpre verificar se não é o caso da incidência de contrafações administrativas.

O tema é objeto das atenções de Ricardo Marcondes Martins, Prof. Doutor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, que é líder do grupo de pesquisa intitulado Ponderações no direito administrativo e contrafações administrativas, integrado também por esta autora, como membra efetiva. Inicialmente, MARTINS, ao invocar sua etimologia, advinda do latim *contrafactio* e do francês *contrafaçon*, identifica objeto como uma “imitação da obra de outro”, “fingimento, simulação, disfarce”, “coisa em paralelo, comparação, confrontação” e propõe uma Teoria Geral das Contrafações Administrativas. Menciona que, no Direito Administrativo, foi utilizado por Celso Antônio Bandeira de Mello “para tratar das permissões de serviço público, assim consideradas as hipóteses em que as permissões fossem deferidas a prazo certo ou em outras nas quais o permissionário efetuará dispêndios de vulto”, desvirtuando a verdadeira natureza jurídica do instituto.

A contrafação administrativa ocorre quando se emprega um conceito de forma equivocada, fazendo-se reger o instituto apa-

rente por um regime incompatível com a situação qualificada pelo conceito real. Mascarando o sentido efetivo, tem-se o emprego fraudulento de conceitos. Dito isso, o autor questiona se o legislador não teria competência para alterar o sentido doutrinário e utilizá-lo dessa forma. Indaga se não haveria uma compatibilização entre a teoria das contrafações administrativas e o princípio da legalidade, bem como competência do legislador para efetuar esse exercício (MARTINS, 2016).

O autor responde criticamente ao citar Sundfeld, que, ao tratar de atos administrativos ampliativos de direitos, entende que, muitas vezes, a doutrina ou o legislador invoca conceitos jurídicos de fontes antigas não vigentes e de ordenamentos jurídicos estrangeiros para interpretar textos normativos a partir desses conceitos. Como a interpretação não se vincula às fontes efetivas, tendo sido elaborados em vista de outras leis, outro momento histórico, não corresponderão à verdadeira essência. Segundo MARTINS, a crítica somente se aplicaria aos conceitos jurídico-positivos, aqueles universais e imanentes a todo o sistema jurídico, enquanto os conceitos jurídico-positivos identificam um conjunto de efeitos normativos *a posteriori* (MARTINS, 2016).

Assim, quanto ao tema das contrafações, o legislador pode empregar o signo em significado diverso em duas possibilidades: i) o significado é diverso da corrente na linguagem jurídica ou ii) o significado é corrente na linguagem jurídica, mas em situação incompatível com o regime jurídico afeto a esse significado. A última hipótese é a mais comum e mais grave e é o campo da contrafação. Nesta situação, o procedimento é obstado por exigências da hermenêutica jurídica e também da supremacia constitucional.

Em que pesem as premissas teóricas de que existiria um legislador racional, que ostentaria qualidades como operatividade, unicidade, imperecibilidade, consciência, onisciência, justiça, coerência, omnicomprensibilidade, precisão e que o intérprete se utilizaria de princípios hermenêuticos estruturantes para orientar o sentido normativo, o fato é que, com frequência, o legislador não é, de fato, um cientista do direito, sendo provável e não justificável que existam atecnias e ainda, muitas vezes, há doutrina que lhe ampara – ainda que de forma equívoca.

Embora o STF tenha recepcionado a natureza jurídica de serviço público das permissões lotéricas (de maneira indireta), se estivermos diante de uma contrafação administrativa real, não será possível a declaração de inconstitucionalidade (com ou sem redução de texto), isso porque as normas pré-constitucionais somente são consideradas sob o plano da compatibilidade consti-

tucional com o fenômeno da recepção ou não recepção. Neste caso, cabe tão-somente ao intérprete propor uma aplicação consecutânea aos princípios estruturantes do sistema jurídico, como parece-nos que foi feito no Voto do Ministro Ayres Brito, anteriormente mencionado.

Porém, como não se esvaziou completamente a celeuma da natureza jurídica da exploração de jogos de azar como serviço público e como há alguns Projetos de Lei em curso sobre a matéria, talvez seja a oportunidade da doutrina influir e contribuir nos debates sobre a contrafação administrativa na permissão lotérica. Vê-se que as denominações “Permissionário Lotérico” e “Serviço Lotérico”, ostensivamente referidas em contratos e também referidas na jurisprudência, demonstram que a rotulação foi assimilada, e nossa crítica é que não tenha sido de forma devida, podendo ser revisada em uma nova proposição legislativa.

### 3 Permissão Lotérica e contrafação administrativa

Restaria, para compor esse panorama acerca da natureza jurídica, verificar se o caso é mesmo da hipótese doutrinária conceitual de permissão, em especial em razão dos contornos jurisprudenciais que passaram a envolver a questão, especialmente as disposições da Lei nº 8.987/95, as quais acabaram por aproximar – muito em face das críticas da academia – os institutos da permissão e concessão, como, por exemplo, a previsão da permissão como uma relação contratual e os novos contornos da “precariedade” do serviço.

Conferindo-se o inciso IV, do Artigo 2º da Lei nº 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, complementando a previsão do art. 175 da Constituição da República de 1988, também exposta a seguir, tem-se:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:  
II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

(...)

IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

Para além da explicitação contida na própria lei, há outras distinções doutrinárias que, somadas à anterior, complementam a identificação do instituto. Nesse sentido, vale reproduzir as seguintes conceituações de (MEIRELLES, 2009) e (JUSTEN FILHO, 2006):

A permissão de uso é ato negocial, unilateral, discricionário e precário através do qual a Administração faculta ao particular a utilização individual de determinado bem público desde que haja interesse da coletividade, sem o qual o uso não deve ser permitido nem concedido, mas tão somente autorizado.

Permissão é o ato administrativo de delegação da prestação de serviço público a particular, sem a imposição de deveres de investimentos amortizáveis em prazo mínimo de tempo.

Diante da ausência de consenso doutrinário existente quanto ao conceito de permissão, suas características e, principalmente, as hipóteses em que o instituto teria aplicabilidade, bem como a bastante discutida ausência de distinções determinantes entre o instituto da concessão e o da permissão, também é útil à presente depuração lembrar que, em seus incisos, o artigo 175 previu que da lei constariam “o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão”.

Ainda, também a Lei nº 8.987/95 tratou de evidenciar o valor das normas pertinentes a cada modalidade de serviço público, destacando que “as concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, pela Lei de Concessões e Permissões e pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos”, cabendo aos entes promover a revisão e adaptações necessárias às prescrições legais, buscando atender às peculiaridades das modalidades de serviços.

Observadas todas essas regras, não se pode olvidar que a Lei assegurou uma série de prerrogativas ao Estado quanto ao controle sobre o serviço concedido, tais como alterar as condições de sua prestação, controlar tarifas cobradas pela concessionária, encampar o serviço, o que, com as devidas adequações, também configura-se prerrogativa extensiva à exploração de loterias. As orientações também se aplicam por lei ao regime de permissão, com algumas ressalvas, principalmente quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

A despeito do anterior entendimento doutrinário e jurisprudencial de a permissão de serviços lotéricos ser caracterizada pela discricionariedade, unilateralidade e precariedade, o que autorizaria a rescisão unilateral pelo poder permissionário, o Superior Tribunal de Justiça, em virada jurisprudencial do Recurso Especial STJ nº 1.021.113/RJ –motivada por modificação do conceito doutrinário de permissão, sinalizou incidir em verdade natureza jurídica de concessão contratual e conseqüente reconhecimento do direito à indenização por danos materiais na hipótese de rescisão unilateral, principalmente quando se considera incontroverso que o permissionário realizou significativo investimento para a instalação do próprio empreendimento destinado à execução do serviço público delegado, inclusive mediante atesto de padronização do poder concedente.

O precedente representa significativa influência das escolas jurídicas brasileiras na construção dos precedentes judiciais, especialmente em âmbito de uniformização de interpretação infralegal. Identificada contrafação administrativa real, a doutrina a enfrentou e mudou parâmetros do conceito jurisprudencial, implicando em atribuir efeitos diversos, de outro regime jurídico. Para verificação dos parâmetros, confira-se trecho do Voto do Ministro Relator, Mauro Campbel:

(...) Por outro lado, é perfeitamente adequado o entendimento doutrinário que reconhece, em razão das diversas tentativas de **descaracterização do instituto da permissão, direitos e garantias inerentes ao regime jurídico da concessão. Sobre o tema, a orientação de Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, 27ª edição, São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 764/769): “Na jurisprudência reflete-se a mesma tendência de aceitar que, em princípio, as permissões de serviço público não de ser consideradas como um ato precário, sem embargo de existirem situações nas quais, in concreto, reputa-se que haverá de lhe ser recusado tal caráter, o que ocorrerá, desde logo, quando concedida a prazo certo e mesmo em outras situações nas quais o permissionário haja incorrido em pesados investimentos e/ou venha desenvolvendo a prestação de serviço público há longo tempo, bem como nas que estejam reguladas de modo a impor cerceios à livre revogabilidade (...)** A Administração não está liberada para outorgar permissões – buscando a liberdade que corresponderia ao seu caráter precário – em hipóteses não compatíveis com o préstimo natural do instituto; ou seja: em hipóteses nas quais a sua contraparte deva realizar investimen-

tos de monta e em que o adequado cumprimento do serviço demanda estabilidade, requerida para que o empreendedor possa organizar-se e instrumentar-se satisfatoriamente, com os correlatos dispêndios. Se, entretanto, voltar a ocorrer o dislate de serem conferidas permissões fora de seu destino natural, tal como sucedeu frequentemente no passado, reintroduzir-se-ão os mesmos problemas e questionamentos que dantes se puseram e que já foram mencionados.

(...)

Assim, em face disto, sobrepôs-se nas permissões deferidas a prazo certo – mormente quando a própria lei autorizava outorga em tais termos –, mas também naqueles outros em que, mesmo sem quaisquer destas garantias, o permissionário já efetuara dispêndios de vulto, tornou-se impossível desconhecer a relevância jurídica destes fatos e o conseqüente direito do permissionário, seja a uma estabilidade do vínculo análoga à da concessão, seja – correlatamente – ao direito a ser indenizado nos casos em que a extinção unilateral da permissão se efetuava sem que o permissionário houvesse incorrido em falta que a justificasse. O princípio da lealdade e da boa-fé, na generalidade dos casos, agregado ao da presunção da legitimidade dos atos administrativos naqueles outros, sobretudo se havia previsão legal ou mesmo regulamentar de prazo, impunham tais soluções, as quais acabaram por sensibilizar a doutrina e algumas vezes também os pretórios. Note-se que, sendo a boa-fé um princípio geral de direito e o princípio da presunção da legalidade dos atos administrativos um princípio básico do Direito Administrativo, a adoção de interpretações que os prestigiem não significa uma liberalidade por parte do intérprete, seja ele juiz ou outro aplicador do Direito, mas representa atendimento obrigatório ao próprio sistema jurídico. Assim, se vierem a reproduzir-se as situações teratológicas referidas, não haverá senão reproduzir estas mesmas soluções apontadas, de tal sorte que as permissões de serviços públicos converter-se-ão em **verdadeiras contrafações das concessões de serviço público, devendo, por isso, ser responsabilizados os agentes públicos que lhes derem causa, sejam de que hierarquia forem.**” (sem destaques no original) No mesmo sentido, a lição de Marçal Justen Filho (Curso de Direito Administrativo, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 795): “São muito frequentes as tentativas de desnaturar a permissão, visando a evitar o reconhecimento de garantias inerentes à concessão de serviço público. **O Estado denomina permissão uma relação jurídica que apenas pode ser configurada como concessão. A denominação é irrelevante, aplicando-se o regime jurídi-**

**co da concessão.** Sempre que uma delegação de serviço público importar um prazo mínimo de garantia para o delegatário ou impuser a ele a realização de obrigações de investimento, cuja amortização dependerá da exploração do serviço por um período mínimo de tempo, será aplicável o regime da concessão de serviço público. O entendimento foi consagrado na doutrina há muito tempo, surgindo a expressão “permissão qualificada” ou “permissão condicionada”. MEIRELLES TEIXEIRA afirmou que permissão que assegure certos direitos **ao permissionário não se subordina ao regime da precariedade.** HELY LOPES MEIRELLES, CAIO TÁCITO, MIGUEL REALE, EROS ROBERTO GRAU e EDMIR NETTO DE ARAÚJO se manifestaram no mesmo sentido. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO afirma que a realização de investimentos por parte do permissionário conduz a uma estabilidade “análoga” à concessão.”

Este é um exemplo de como a jurisprudência descortinou o conceito de contrafação administrativa utilizando bases doutrinárias que reconheceram a necessidade de aplicar um regime jurídico distinto do usual para situações fáticas que, em verdade, estavam mais próximas de outro instituto, aplicando-se-lhe os mesmos efeitos. Isso não quer dizer que não sejam reconhecidas a precariedade e a unilateralidade da permissão, mas que, uma vez formatada contratualmente, os impactos jurídicos acabam por se assemelhar à concessão de serviço público.

Sob outra perspectiva, mantido resta o entendimento de que a permissão deverá ser formalizada por meio de um contrato de adesão, o qual confere a possibilidade de nele inserir regras que sejam pertinentes à exploração de serviço público, próprias dele e que tenham como finalidade reforçar o caráter precário e personalíssimo da permissão lotérica, bem como ressaltar a aplicação do regime jurídico administrativo, condição essa que derogaria a exclusiva aplicação das regras privadas. Ocorre que, nos casos concretos, a formalização, o acompanhamento, a fiscalização e a rescisão figuram muito próximos do contrato de concessão e, uma vez precedida de licitação, adjudicado o objeto, geram-se direitos adquiridos à exploração da atividade, desde que não incida em sanção suficiente para gerar caducidade. Na prática, não há efeitos distintos da concessão de serviço público.

A despeito disso, o legislador, em 2013, por intermédio da denominada Lei das Permissões Lotéricas – Lei nº 12.869/2013, optou por conceituar expressamente a Permissão Lotérica, localizando o papel da CAIXA como outorgante dos serviços então delegados pela União, previamente licitados.

O primeiro componente é que o legislador mantém a natureza jurídica de permissão de serviço público, assim o considerando “permissão lotérica: a outorga, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos feita pelo poder outorgante à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco, para comercializar todas as loterias federais e os produtos autorizados, bem como para atuar na prestação de serviços delegados pela outorgante, nos termos e condições definidos pela legislação e normas reguladoras vigentes”.

O segundo componente: a exploração do serviço, pertence à União (art. 2º do Decreto-Lei n.º 204/67), que, através do fenómeno chamado no Direito Administrativo de “descentralização”, transferiu a exploração desse serviço para a CAIXA (art. 2º, inciso d, do Decreto-Lei n.º 759/69), o qual, por sua vez, com base no art. 20 do Decreto-Lei n.º 204/67 e na Lei n.º 8.987/95, permitiu a expressa delegação a esse serviço.

O terceiro componente é que, diferentemente das concessões – em que a modalidade licitatória legal indicada é a concorrência –, nas permissões lotéricas não há definição, podendo ser utilizada não só o pregão invertido, com critério de maior preço da outorga ou mesmo quaisquer dos critérios hoje presentes na Lei das Estatais (Lei n.º 13.303/16).

Com todos esses componentes, talvez os doutrinadores possam vislumbrar novas acepções de contrafações administrativas. No entanto, nenhuma delas será maior do que a ausência de ocorrência de licitação para permissão da outorga. Explica-se: anteriormente à Constituição da República Federativa do Brasil, os lotéricos recebiam permissão para atuar decorrente de mero credenciamento, da mesma maneira como era exigido dos vendedores ambulantes de bilhetes. Com o advento do Art. 175 da Constituição em 1988, ficou consignado que as outorgas deviam ser precedidas sempre de licitação, ainda que tomassem a forma de permissão ou de concessão.

O Tribunal de Contas da União (TCU) publicou o Acórdão n.º 925/2013, determinando à Caixa Econômica Federal – CAIXA a realização de licitação para as 6.310 agências lotéricas que tiveram seus prazos de outorga sujeitos à prorrogação em 1999, na intenção de unificar o regime jurídico das lotéricas. Como dito, desde a edição da Lei n.º 8.987/95, a licitação para concessão de casas lotéricas passou a ser exigida, mas essas agências funcionavam apenas por credenciamento da CAIXA, forma adotada anteriormente à lei.

A Lei n.º 13.177/2015, que alterou o Art. 5º da Lei n.º 12.869/2013, acrescentando o Art. 5º - A e seguintes, acabou por consi-

derar válidas as outorgas de permissão lotérica e seus aditivos contratuais celebrados até 15 de outubro de 2013 perante a Caixa Econômica Federal, por meio de termos de responsabilidade e compromisso, que concederam prazo de permissão adicional de duzentos e quarenta meses, aos quais serão aplicadas as renovações automáticas previstas no inciso VI e parágrafo único do Art. 3º, de até igual prazo, mesmo após a data final de vigência, só não se aplicando a prorrogação automática quando tiver havido rescisão contratual por comprovado descumprimento das cláusulas contratuais pelo permissionário lotérico. Ao dispor de modo contrário ao que foi determinado pelo TCU, o legislador andou mal. Ao substituir ato administrativo da outorgante, parece que andou pior. E ainda que eivado de inconstitucionalidade, a norma não foi objeto de questionamentos. Possível identificar aí também uma contrafação administrativa, mas, certamente, esse será assunto de um outro artigo acadêmico, que aprofundará as bases da Teoria Geral da Contrafação Administrativa para fundamentar uma nova hipótese de pesquisa.

## Conclusão

Identificou-se, de modo geral, que os jogos de azar – assim considerados cassinos, bingos, apostas eletrônicas (caça-níqueis), Loterias (Estadual ou Federal), “jogo do bicho” – no Brasil e em todo o mundo estão vinculados indiretamente com o conceito de interesse público, não exatamente aquele primário, o qual se estabelece em prol do interesse coletivo direto, mas sim por opção legislativa do ordenamento jurídico que pretendeu compensar os efeitos maléficos na sociedade em geral. Em todo o mundo, os recursos advindos da exploração de jogos estão vinculados aos segmentos públicos geralmente prestados pelo Estado na forma de educação, saúde, previdência, esporte. Interpretando-se as normas relativas à atividade de extração de loterias e sua importância histórica em conjunto com a Lei de Contravenções Penais (em especial, a alteração realizada pelo Decreto-Lei nº 9.215/46 em seu artigo 50), confirmamos que a exploração de jogos de azar encontra-se proibida no Brasil.

Da breve incursão histórica e legislativa presente no artigo, verifica-se que sempre houve interesse da União em deter não só o monopólio da atividade, mas também exercer controle, acompanhamento e restrição à atividade, o que fez por instrumentos jurídicos de credenciamento, autorização, concessão ou mesmo permissão administrativa, como já o é atualmente.

Embora tramitem atualmente no Congresso Nacional projetos de lei (um deles datado da década de 1990) destinados a tra-

tar a exploração do serviço pela iniciativa privada, a lógica jurídica foi sempre considerar o serviço lotérico como público, a uma, porque cabe precipuamente à União a competência para legislar sobre sorteios e prêmios, e, a *contrario sensu*, sobre loterias, como espécie desses; a duas, porque se trata de derrogação de norma jurídica de *status* penal, e a três, porque há um indireto interesse público na outorga e na fiscalização da aplicação de recursos sempre vinculados à realização de projetos de amplitude social.

Ocorre que este entendimento não é indene a críticas. Ao contrário. À luz da Teoria Geral da Contrafação Administrativa, pretendeu-se discutir não só o enquadramento formal do serviço público, concluindo que esta foi uma mera opção administrativa e legislativa para justificar o interesse da União no tema, guardando distantes semelhanças com as características e os conceitos jurídicos que norteiam a utilização de determinado regime administrativo que o justifica e lhe dá identidade. Assim, a posição atual legislativa que confere natureza de serviço público federal ao serviço lotérico parece demonstrar mais uma opção administrativa histórica legislativa do que corresponder aos conceitos intrínsecos aos institutos jurídicos relacionados ao interesse público. As atividades relacionadas ao serviço lotérico podem ser até mais próximas daquelas consideradas econômicas, relacionadas à possibilidade de exploração por intermédio de estruturas empresariais que visem ao lucro, e, assim, podendo até caracterizar-se como atividade monopolística da União.

A mesma Teoria das Contrafações Administrativas foi utilizada para justificar análise acerca da natureza jurídica da permissão lotérica, sendo este um clássico exemplo da doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, tendo influenciado e motivado a virada de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça para reconsiderar o instituto de permissão como de concessão administrativa, em especial se há origem contratual, que mitiga a precariedade e obriga à indenização de prejuízos causados pela Administração ao permissionário que dispendeu vultuosos recursos para exploração da atividade.

Por fim, verifica-se, na nova legislação, em especial na alteração da denominada Lei de Permissão Lotérica (Lei nº 12.869/13) pela Lei nº 13.177/2015, que lhe acrescentou o Art. 5º-A 5º-B, considerou válidas outorgas já concedidas – ainda que não tenham sido precedidas de licitação, o que configura verdadeira inconstitucionalidade, já que o requisito constitucional norteia todos os serviços públicos delegados, concedidos e permitidos – e ainda permitiu a renovação automática do prazo de exploração, criando uma verdadeira contrafação administrativa, a qual,

embora mereça estudo detalhado (que ultrapassa os limites deste artigo), não deixa de merecer destaque por sua incongruência com todo o sistema aplicável ao serviço público.

## Referências

- ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo**. Barcelona: Bosch, 1970.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 jun. 2017.
- BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em: 23 jun 2017.
- BRASIL. Lei nº 8.987/1995, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em: 23 jun 2017.
- BRASIL. Lei nº 12.869/2013, de 15 de outubro de 2013. Dispõe sobre o exercício da atividade e a remuneração do permissionário lotérico e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em: 23 jun 2017.
- BRASIL. Lei nº 13.177, de 22 de outubro de 2015. Altera a Lei nº 12.869, de 15 de outubro de 2013, acerca do regime de permissão de serviços públicos. Disponível : <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em: 23 jun 2017.
- BRASIL. Lei nº 13.303, de 3 de março de 2009. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em : <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em: 27 jul 2014.
- BRASIL. PL – Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 442/91. Tramitação: Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichade tramitacao?idProposicao=15460>>. Acesso em 13 jun 2017.
- BRASIL. PLS – Projeto de Lei do Senado nº 62/2007. Tramitação: Remetido à Câmara dos Deputados. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/80075>> . Acesso em 13 jun 17.
- BRASIL. Decreto nº 153, de 29 de Novembro de 1837. Concedendo ao Theatro da Praia de D. Manoel duas loterias annuaes por espaço de quatro annos. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/>

legin/fed/decret/1824-1899/decreto-153-29-novembro-1837-562077-publicacaooriginal-85884-pl.html>. Acesso em 06 jul 2017.

BRASIL. Decreto nº 57, de 28 de novembro de 1840. Estabelecendo uma Tesouraria denominada das Loterias. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto:1840-11-28;57>>. Acesso em 06 jul 2017.

BRASIL. Decreto nº 92, de 11 de Agosto de 1841. Estabelece novo Plano para extracção das Loterias. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-92-11-agosto-1841-561235-publicacaooriginal-84727-pe.html>>. Acesso em 06 jul 2017.

BRASIL. Decreto nº 357, de 27 de Abril de 1844. Regulando a extracção das Loterias em todo o Imperio. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-357-27-abril-1844-560703-publicacaooriginal-83831-pe.html>>. Acesso em 06 jul 2017

BRASIL. Decreto nº 2.723/1891, de 12 de Janeiro de 1861. Autorisa a criação de uma Caixa Economica e um Monte de Socorro nesta Côrte, e approva os respectivos Regulamentos. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2723-12-janeiro-1861-556013-publicacaooriginal-75580-pe.html>>. Acesso em 06 jul 2017.

BRASIL. Decreto nº 2.936, de 16 de Junho de 1862. Regula o serviço da extracção das Loterias da Côrte. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2936-16-junho-1862-555562-publicacaooriginal-74867-pe.html>>. Acesso em 07 jul 2017.

BRASIL. Decreto nº 21.143, de 10 de Março de 1932. Regula a extração de loterias. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21143-10-marco-1932-514738-retificacao-81855-pe.html>>. Acesso em 07 jun 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 6.259, de 10 De Fevereiro de 1944. Dispõe sobre o serviço de loterias, e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.google.com.br/?gws\\_rd=ssl#q=Decreto-Lei+n%C2%BA+6.259/44](https://www.google.com.br/?gws_rd=ssl#q=Decreto-Lei+n%C2%BA+6.259/44)>. Acesso em 07 jun 2017.

BRASIL. Decreto nº 204, de 27 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a exploração de loterias e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/De10204.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De10204.htm)>. Acesso em 07 jul 2017.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 1.021.113. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. 11/10/2011. DJe 18/10/2011. RT vol. 915 p. 581.

## Jurisprudência

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2847/DF. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Min. Carlos Velloso. Tribunal Pleno. Julgamento:05/08/2004. Publicação DJ 26-11-2004.

- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula Vinculante nº 02. PROCESSO 327.879/2007. Tribunal Pleno. DJe nº 78/2007 – Publicação 10-08-2007.
- BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Processo 017.293/2011-1. Acórdão nº 925/2013. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Data da sessão 17/04/2013. Número da ata 13/2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia>> . Acesso em 07 jul 2017.
- BRASIL. TV Câmara. Reportagem jornalística em vídeo e reproduzida na TV e Página da Internet mantida pela TV Câmara. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/REPORTAGEM-ESPECIAL/508491-LEGALIZACAO-DOS-JOGOS-NO-BRASIL-LOTerias-ESTADUAIS,-CASSINOS-E-BINGOS-BLOCO-2.html>>. Acesso em 07 jul 2017.
- CANTON, Ana Maria (Coordenadora). **A Rede Lotérica no Brasil**. Brasília: IPEA, 2010. Disponível em < [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6476](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=6476) >. Acesso em 13.06.17.
- CHEVALLIER, Jacques. **O serviço Público**. Tradução, Estudo introdutório e Notas Explicativas de Augusto Neves dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação Administrativa à Luz da Constituição Federal**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria das Contrafações Administrativas**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Ano 16. Número 64: 2016. Disponível em <<http://www.revista.aec.com/index.php/revistaaec/article/view/241>>. Acesso em 16.06.17.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- RIBEIRO, Paulo Cesar. **A História das Loterias no Brasil**. Brasília: CAIXA, 2002.