

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR): Tem-se como objeto o inteiro teor da Lei federal 14.455/2022, que dispõe sobre a criação de dois produtos lotéricos, quais sejam, a Loteria da Saúde e a Loteria do Turismo.

O Advogado-Geral da União arguiu, em preliminar, a parcial ausência de impugnação especificada. Alegou que a petição inicial arrolou como objeto de questionamento a integralidade da Lei 14.455/2022, no entanto, *“a argumentação desenvolvida na petição inicial contempla impugnação específica apenas em relação ao artigo 2º, § 1º, inciso I, alíneas “a” e “b”, do referido diploma legal”*.

Conforme jurisprudência desta SUPREMA CORTE, o déficit de impugnação específica inviabiliza os pedidos veiculados em Ação Direta de Inconstitucionalidade. (ADI 7.031, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, DJe 16/08/2022).

Na presente Ação Direta, a Requerente delimita a pretensão de declaração de inconstitucionalidade na ausência de expressa exigência de procedimento licitatório para gestão das loterias por empresas privadas. No mais, há impugnação quanto à destinação dos lucros ao Fundo Nacional de Saúde e à Agência Brasileira de Promoção Internacional do Turismo dar-se em patamares muito baixos, o que caracterizaria desvio de finalidade e desproporcionalidade.

Ainda que se compreenda certo grau de generalidade na petição inicial, é possível identificar uma correlação entre a fundamentação e o pedido no sentido de abranger os dispositivos que disciplinam os produtos lotéricos denominados Loteria da Saúde e Loteria do Turismo.

Com exceção do art. 4º da Lei 13.756/2022, os seus demais dispositivos estão abrangidos pela impugnação. O referido art. 4º, contudo, altera a Lei 13.756/2018 e disciplina aspectos gerais relacionados à destinação do produto da arrecadação de loterias. De fato, nesse aspecto, verifico que não houve impugnação específica quanto ao referido art. 4º da Lei 13.756/2022.

Conheço, pois, parcialmente da Ação Direta e passo ao julgamento do mérito.

A legislação impugnada autoriza o Poder Executivo federal a instituir a Loteria da Saúde e a Loteria do Turismo e prevê três

modalidades lotéricas: (i) loteria de prognósticos numéricos (apostador tenta prever quais serão os números sorteados no concurso); (ii) loteria de prognósticos esportivos (apostador tenta prever o resultado de eventos esportivos); e loteria de aposta de quota fixa (eventos reais de temática esportiva, em que é definido, no momento de efetivação da aposta, quanto o apostador pode ganhar em caso de acerto do prognóstico).

Na Loteria da Saúde, um determinado percentual da arrecadação será destinado ao Fundo Nacional de Saúde – FNS (5% ou 3,37%, a depender da modalidade).

Na Loteria do Turismo, no mesmo sentido, um determinado percentual da arrecadação será destinado à Agência Brasileira de Promoção Internacional do Turismo - EMBRATUR (5% ou 3,37%, a depender da modalidade).

Nas modalidades lotéricas de prognósticos esportivos e de apostas de quota fixa, o percentual de 1,63% da arrecadação será destinado para as entidades desportivas brasileiras que cederem direitos para a divulgação e a execução da Loteria da Saúde e da Loteria do Turismo.

Os referidos percentuais são estabelecidos após a dedução dos pagamentos dos prêmios, da contribuição para a seguridade social e do imposto de renda, conforme previsão do art. 2º, §1º da Lei 14.455/2022.

A controvérsia constitucional apresenta, como ponto central, a alegada desproporção dos percentuais dos respectivos produtos da arrecadação a serem destinados para o Fundo Nacional de Saúde e para a EMBRATUR. Haveria, por conseguinte, excessivo percentual da arrecadação destinado ao agente operador.

Há outro aspecto da controvérsia, que se refere à ausência de clareza quanto aos critérios que serão adotados para a concessão da exploração das Loterias, havendo alegada ofensa à exigência de procedimento licitatório.

A Constituição Federal estabelece competir à União, de forma privativa, legislar sobre o sistema de sorteios, nos seguintes termos:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XX – sistemas de consórcios e sorteios;

Esta CORTE tem a compreensão de que o sistema de loteria está contido na previsão do inciso XX do art. 22, da Constituição Federal. Nesse sentido:

EMENTA Lei estadual. Proibição de máquinas caça-níqueis, de videobingos, de videopôquer e assemelhadas. Inconstitucionalidade. Precedentes da Suprema Corte.

1. Esta Suprema Corte já assentou que a expressão "sistema de sorteios" constante do art. 22, XX, da Constituição Federal alcança os jogos de azar, as loterias e similares, dando interpretação que veda a edição de legislação estadual sobre a matéria, diante da competência privativa da União.

2. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

(ADI 3895, Relator(a): MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 04-06-2008, DJe-162 DIVULG 28-08-2008 PUBLIC 29-08-2008)

A competência legislativa para normatizar, disciplinar e regulamentar o sistema de loterias foi objeto de apreciação por esta CORTE. Na oportunidade, adotou-se a compreensão de ser hipótese de competência privativa da União, havendo, inclusive, sido editada a Súmula vinculante 2, nos seguintes termos:

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

No que se refere à natureza jurídica da atividade "sistema de loterias", este SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já apreciou a temática, quando do julgamento conjunto das ADPF's 492 e 493 e da ADI 4.986. Naquela oportunidade, a controvérsia relacionava-se, exatamente, à constitucionalidade de vedações a que alguns dos Estados-membros explorassem loterias. Tratava-se de proibição da criação de loterias estaduais, excetuando-se aquelas existentes quando da publicação do Decreto-Lei 404/1967.

O Ministro GILMAR MENDES, Relator do julgamento conjunto das ADPF's 492 e 493 e da ADI 4.986, bem delimitou a questão no sentido de a atividade de loterias deter natureza jurídica de serviço público. Cito o seguinte trecho:

Transladando esse parâmetro para a discussão enfrentada nessas ações de controle abstrato é que a doutrina enquadra as

loterias como típicas atividades de serviço público. Desde 1932, como visto, o legislador não hesita em atribuir um regime jurídico de Direito Público a essas atividades. A previsão consta ainda expressamente do Decreto-Lei 6.259/44 e do próprio Decreto-Lei 204/67, que é discutido nestas ações de controle abstrato.

No referido julgamento, tive a oportunidade de registrar, em meu voto, a mesma compreensão do eminente Ministro Relator, no sentido de que a União, no exercício de sua competência legislativa privativa, está avançando no exercício de uma competência administrativa comum aos entes federativos de exploração desse serviço público.

A mesma premissa adotada quando do referido julgamento, incorporo no presente voto.

A atividade lotérica caracteriza-se como serviço público e, nesse sentido, está sujeita ao seu respectivo regramento. Acerca da natureza jurídica da atividade lotérica, como serviço público, cito o seguinte:

“São serviços públicos as atividades que a lei definir como tal, submetendo-as a uma disciplina específica. (...) Portanto, no que se refere à natureza jurídica da atividade lotérica, *legem habemus*. É possível afirmar, assim, em linha de coerência com a posição doutrinária prevalecte acima explicitada, que no Brasil a atividade de exploração de loterias é qualificada desde muito tempo, e até o presente, como serviço público. Desse modo, mesmo não se tratando de atividade vital ou indispensável para a comunidade, as loterias são tratadas pelo ordenamento jurídico e exploradas pelo Estado como serviço público” (BARROSO, Luiz Roberto. Loteria – Competência estadual – Bingo. Revista de Direito Administrativo, v 220, p. 263-264, 2000).

O serviço público lotérico, não há dúvida, é bastante peculiar. A atividade prestada é a organização do sistema com o pagamento de um prêmio. A coletividade é afetada pela possibilidade de receber tal premiação, de modo que a utilidade do serviço lotérico é a obtenção do prêmio em dinheiro ou em bens.

Trata-se de serviço público que é passível de delegação pelo titular da atividade. Nesse sentido, será observado o regramento constante do art. 175 da Constituição Federal.

Como visto, o cerne da controvérsia reside na observância, ou não, do princípio da proporcionalidade em relação ao quanto definido como percentual destinado ao agente operador.

Tenho como relevante definir, desde logo, se haveria exigência constitucional a que a lei que institui a Loteria estabeleça que parcela do produto da arrecadação, necessariamente, tenha que ser destinada a despesa, órgão, fundo, entidade pública ou mesmo entidade privada. Ou seja, se a instituição de uma loteria pressupõe, por exigência constitucional, que parcela do seu produto de arrecadação tenha uma necessária destinação socialmente relevante.

A previsão de destinação de parcela da receita das loterias para os fins de despesas socialmente justificadas não é estranha a diversos regramentos de nosso sistema jurídico. Pelo contrário, aparece como um padrão.

O art. 1º do Decreto-Lei 204/1967 previa, no seu parágrafo único, que a *“renda líquida”* era destinada a *“aplicações de caráter social e de assistência médica, empreendimentos do interesse público”*. O dispositivo, não recepcionado pela Constituição de 1988, conforme decidido por esta CORTE na ADPF 492, contava com a seguinte redação:

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.

Parágrafo único. A renda líquida obtida com a exploração do serviço de loteria será obrigatoriamente destinada a aplicações de caráter social e de assistência médica, empreendimentos do interesse público.

Há legislação, ainda mais remota, que, igualmente, estabelecia que parte da receita deveria ser aplicada em obra de caridade e instrução. Eis o dispositivo constante do Decreto 21.143/1932:

Art. 11. O produto líquido anual de cada loteria deverá ser integralmente aplicado em obras de caridade e instrução, não sendo lícito nem à União, nem aos Estados; a partir de 1 de janeiro de 1933, incorporá-lo, para qualquer outro efeito, à sua receita orçamentária.

Acaso o agente operador seja o próprio Estado, diretamente

exercendo a atividade, a totalidade do produto, após as deduções legais, a ele será destinado. Deterá natureza de receita pública. No caso, típica hipótese de preço público. Nada impede, contudo, que a lei estabeleça essa ou aquela destinação para determinada despesa ou para determinado órgão, fundo ou entidade.

Uma vez tendo ocorrido a delegação do serviço público, haverá a tutela normativa própria e o delegatário será devidamente remunerado pela atividade. É da natureza da delegação de serviço público que o delegatário seja remunerado, mediante critérios de política tarifária.

Diante desse cenário, não vislumbro qualquer exigência constitucional a que a remuneração seja limitada por uma necessária destinação de parcela da arrecadação a uma determinada finalidade, ainda que socialmente relevante.

Não reconheço exigência constitucional, relativamente às delegações de serviço público, no sentido de que parcela da arrecadação seja necessariamente destinada a órgão, entidade, fundo ou qualquer despesa, ainda que socialmente relevante. A Constituição Federal, nos termos do art. 175, assim dispõe:

Art. 175. 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.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - 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;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

A lei estabelecerá os contornos da relação jurídica de concessão ou permissão da prestação de serviços públicos. Os titulares da relação assumirão obrigações e serão detentores de direitos. Todavia, a Constituição Federal não estabelece como cláusula essencial do contrato de delegação a destinação de parcela da arrecadação para alguma finalidade, ainda que socialmente justificada. Por sua vez, também não impede que exista previsão normativa nesse sentido. Trata-se de aspecto inerente à conformação legislativa.

A natureza peculiar dos serviços lotéricos induz, é verdade, a que

legislação estabeleça destinação de parcela do produto da arrecadação para uma despesa socialmente relevante. Todavia, não há essa exigência na Constituição Federal.

Não desconsidero que o sistema de sorteios possa ser um importante instrumento de receita para relevantes políticas públicas. Contudo, não há obrigatoriedade a que receitas originadas de delegação de serviços públicos tenham destino para determinadas despesas, ainda que socialmente significativas. Trata-se de questão que deverá ser explorada no âmbito da conformação legislativa.

A propósito, essa perspectiva não passou ao largo do Constituinte que previu a existência de um tributo cuja materialidade é a receita originada dos concursos de prognósticos. Todavia, não deve haver confusão entre a previsão de remuneração de serviços lotéricos com a receita originária de contribuição para a seguridade social.

Essa espécie tributária tem como materialidade, que já também evidencia as suas possíveis hipótese de incidência e base de cálculo, o concurso de prognóstico e que encontra previsão no inciso III do art. 195 da Constituição Federal. Eis a redação:

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

(...)

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

A seguridade social terá como uma de suas fontes de financiamento os valores decorrentes de contribuição social incidente sobre a receita de concursos de prognósticos, com fundamento no art. 195, III, da Constituição. Já a legislação impugnada, nesse aspecto, instituiu regra de partilha do produto da arrecadação das Loterias da Saúde e do Turismo, cujo paradigma constitucional, na hipótese, encontra-se no art. 175 da Constituição.

As contribuições sociais têm como característica o atendimento a uma finalidade. No caso, a Constituição atribui competência para que a União institua contribuição social cuja materialidade é receita de concursos de prognósticos. Portanto, havendo tal previsão legal, sobre tal receita incidirá a contribuição, cuja finalidade é o financiamento da

seguridade social. Não há razão para confundir essa exação tributária com eventuais destinações previstas em lei na repartição do produto da arrecadação das loterias.

A exação tributária denominada contribuição para a seguridade social não se confunde com uma exigência, que não se origina da Constituição, de que parcela da arrecadação do produto das loterias deva ser destinada a órgão, fundo, entidade ou despesa, com ou sem finalidade socialmente relevante.

A definição do preço do serviço público delegado será apreciada diante da política tarifária que, por sua vez, encontra parâmetro no inciso III do art. 175 da Constituição Federal.

Não há no atual cenário constitucional a exigência de que a legislação instituidora de sistema de sorteios destine esse ou aquele percentual da arrecadação a órgão, fundo, entidade pública, entidade privada ou qualquer despesa, ainda que socialmente relevante.

A presente controvérsia constitucional, não há dúvida, perpassa por essa premissa. No entanto, há que se observar que a legislação impugnada prevê a destinação de percentuais para o Fundo Nacional de Saúde e para a Embratur, além de também contemplar entidades desportivas brasileiras, de natureza privada, a depender da modalidade lotérica.

Há previsão legal, não constitucional, quanto à destinação do produto da arrecadação total obtida por meio da captação de apostas ou da venda de bilhetes de loterias, conforme previsto na Lei 13.756/2018. Nos termos do art. 1º, *caput*, a referida lei dispõe sobre o Fundo Nacional de Segurança Pública e “sobre a destinação do produto da arrecadação das loterias”. Vejamos:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o Fundo Nacional de Segurança Pública (FNSP) e sobre a destinação do produto da arrecadação das loterias, com o objetivo de promover:

I - as alterações necessárias ao funcionamento do FNSP, para conferir efetividade às ações do Ministério da Segurança Pública quanto à execução de sua competência de coordenar e promover a integração da segurança pública em cooperação com os entes federativos; e

II - a consolidação dos dispositivos legais relacionados com a destinação do produto da arrecadação das loterias, para proporcionar clareza e transparência ao sistema de rateio e, por meio de alterações pontuais, garantir recursos às ações de

segurança pública.

No art. 14 da Lei 13.756/2018, há a previsão de que o produto da arrecadação das loterias será destinado na forma nela prevista ou em lei específica. No caso, a Lei 14.455/2022, ora impugnada, disciplina a destinação do produto da arrecadação das denominadas loterias da Saúde e do Turismo.

Nos termos do art. 2º, §1º da Lei 14.455/2022, que se refere ao percentual da arrecadação destinado ao agente operador, é preciso bem explicitar que a apuração é feita após as deduções dos pagamentos (i) dos prêmios, (ii) da contribuição para a seguridade social e (iii) do imposto de renda,

Essa forma de cálculo foi abordada pela totalidade das informações apresentadas nesta Ação Direta, com conclusões convergentes no sentido de que não há discrepância de valores com outras loterias. A esse respeito, o Advogado-Geral da União cita o seguinte:

“Tal forma de cálculo, inclusive, sugere “que a remuneração do agente operador das novas loterias será proporcionalmente menor que aquelas das loterias de prognósticos, no caso a Caixa Econômica Federal”, como bem observa a Secretaria Especial para Assuntos Jurídicos da Presidência da República” (documento eletrônico nº 23)

Consta, por sua vez, das informações presidenciais (Doc. eletrônico 22), uma referência comparativa com uma das modalidades de loteria prevista na Lei 13.756/2018, nos seguintes termos:

14. Apenas para efeitos de comparação com uma das modalidades de loteria prevista: o artigo 30, § 1º-A, da Lei nº 13.756/2018, ao regular a destinação dos valores arrecadados pela loteria de apostas de quota fixa, além prever 10% de contribuição para a seguridade social, comina os percentuais de 2,55% para o Fundo Nacional de Segurança Pública - FNSP, 1,63% para as entidades do Sistema Nacional do Esporte e 3% para o Ministério do Esporte; e até 82% para a cobertura de despesas de custeio e manutenção do agente operador da loteria.

Não há elemento que denote que os percentuais estabelecidos pela

legislação impugnada estejam em descompasso com outros produtos lotéricos. Nesse sentido, manifestou-se o Procurador-Geral da República, a saber:

“A Lei 14.455/2022 apenas autoriza o Poder Executivo a instituir as Loterias da Saúde e do Turismo. Por ora, não há ato normativo que as institua, inexistindo dados objetivos que denotem desproporção ou desvio de finalidade.

A título ilustrativo, a Lei 13.756/2018 (Lei das bets), ao regular a destinação dos valores arrecadados pela loteria de apostas de quota fixa (art. 30, § 1º-A), prevê a destinação de até 82% dos valores arrecadados para a cobertura de despesas de custeio e de manutenção do agente operador da loteria. Há, ainda, desconto de 10% de contribuição para a seguridade social, o Fundo Nacional de Segurança Pública – FNSP recebe 2,55%, as entidades do Sistema Nacional, a Lei 14.455/2022 não destina percentuais ao Fundo Nacional de Segurança Pública ou para o Fundo Nacional de Cultura.” (doc. eletrônico nº 29)

Todas as despesas e receitas correlacionadas à delegação comporão a sua equação econômico-financeira. As eventuais desproporções deverão ser apreciadas sob a perspectiva contratual, diante das regras de política tarifária. Não será a fiscalização abstrata da uma determinada norma instituidora de produtos lotéricos o instrumento para aferição da adequação, ou não, de determinada equação econômico-financeira no contexto de um contrato. A definição estará em cada concessão, no edital de licitação e no respectivo contrato.

Em relação à obrigatoriedade de realização de prévio procedimento licitatório, registre-se que art. 3º do Projeto de Lei submetido à sanção presidencial dispunha que o Ministério da Economia disciplinaria, no prazo máximo de trinta dias, após a publicação desta proposição, as regras para a concessão da exploração. Todavia, esse dispositivo foi vetado por inconstitucionalidade, por conferir prazo para a edição de regulamentação.

A legislação impugnada não disciplina aspectos atinentes à realização do processo licitatório, tampouco dispõe sobre hipótese de inexigibilidade ou de dispensa. Tratando-se de serviço público, serão aplicadas as regras que regulam a delegação da atividade. Nesse sentido manifestou-se o Advogado-Geral da União, nos seguintes termos:

Relevante destacar que o diploma legal atacado não trata, especificamente, da realização de procedimento licitatório, tampouco dispõe sobre a respectiva inexigibilidade ou dispensa.

Desse modo, a partir do momento em que implementadas as Loterias da Saúde e do Turismo, deverão incidir sobre elas as normas gerais reguladoras da concessão, permissão e autorização de serviços públicos, estabelecidas pelas Leis nº 8.987/1995 e nº 12.869/2013, as quais determinam a licitação para a seleção dos permissionários lotéricos, conforme exige o artigo 175 da Constituição Federal.

Nesse sentido, a Secretaria Especial para Assuntos Jurídicos da Presidência da República esclarece que, no caso da Lei nº 14.455/2022, *“não há previsão de dispensa ou inexigibilidade: adotou-se o silêncio, o que atrai a vigência das normas gerais”* (fl. 05 do documento eletrônico nº 23).

Nesse sentido, há legislação que prevê o regramento para a modalidade de aposta de quota fixa (art. 29, §§2º, 3º e 4º da Lei 13.756/2018), bem como a previsão constante da Lei 8.987/1995 que dispõe o seguinte:

Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.

O Procurador-Geral da República bem destacou esse aspecto, nos seguintes termos:

“Sobre o tema, vale conferir trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, proferido no julgamento conjunto das ADPFs 492 e 493 e da ADI 4.986:

“Um corolário do enquadramento da exploração lotérica enquanto serviço público é a possibilidade de o legislador autorizar a prestação deste serviço público na modalidade indireta, por meio de concessão ou permissão. Isso porque a Constituição Federal de 1988 estabeleceu como cláusula genérica, no art. 175, que “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“. Assim, desde que observado o princípio da licitação, é lícito que o legislador abra a possibilidade de exploração das loterias por meio de concessão ou permissão.”

O princípio da licitação é pressuposto, como se pode extrair das normas constitucionais e legais aplicáveis, bem como do entendimento do Supremo Tribunal Federal na recente oportunidade em que analisada a natureza jurídica da atividade lotérica.”

A legislação impugnada não afastou o observância das regras de licitação, as quais incidirão na medida que a União, titular do do serviço e autorizada a instituir os produtos lotéricos, adote as providências necessárias à contratação.

Ante o exposto, conheço, em parte, a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade e, no mérito, julgo IMPROCEDENTE o pedido formulado na inicial.

É o voto.