

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAIBA – UFPB
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS –
PPGCJ**

HEBERT VIEIRA DURÃES

**EXPLORAÇÃO DE LOTERIA PELA UNIÃO: RELAÇÃO JURÍDICA
DE CONSUMO E RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DA
CHANCE DO APOSTADOR**

**JOÃO PESSOA
2012**

HEBERT VIEIRA DURÃES

**EXPLORAÇÃO DE LOTERIA PELA UNIÃO: RELAÇÃO JURÍDICA
DE CONSUMO E RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DA
CHANCE DO APOSTADOR**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como parte da avaliação e conclusão do Mestrado em Direito Econômico, para obtenção do título de *Magister Scientiae*.

Orientador: Dr. Rodrigo Toscano de Brito

JOÃO PESSOA
2012

D947e Durães. Hebert Vieira.

Exploração de loteria pela União: relação jurídica de consumo e responsabilidade civil pela perda da chance do apostador / Hebert Vieira Durães.- João Pessoa, 2012.
192f. : il.

Orientador: Rodrigo Toscano de Brito
Dissertação (Mestrado) – UFPB/CCJ

1. Direito Econômico. 2. Loterias – União – natureza jurídica.
3. Jogo e aposta. 4. Chance. 5. Consumidor.

UFPB/BC

CDU: 346.1(043)

HEBERT VIEIRA DURÃES

**EXPLORAÇÃO DE LOTERIA PELA UNIÃO: RELAÇÃO JURÍDICA
DE CONSUMO E RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DA
CHANCE DO APOSTADOR**

**Dr. Rodrigo Toscano de Brito
(Orientador)**

**Dr. Fernando Antônio de Vasconcelos - UFPB
(Membro Avaliador)**

**Dra. Larissa Maria de Moraes Leal - UFPE
(Membro Avaliador)**

À minha família que sempre apostou em meus esforços, apesar de ter repetido a oitava série...

AGRADECIMENTOS

Indubitavelmente, essa é a parte do trabalho em que o pesquisador se desvencilha dos métodos, técnicas, cientificidade, rigor gramatical ou qualquer arcabouço teórico para agradecer e homenagear pessoas que contribuíram, de uma forma ou doutra, para o resultado de sua pesquisa.

É bem verdade que algumas pessoas contribuem diretamente para o alcance do objetivo da dissertação, fornecendo subsídios científicos, emprestando obras, sugerindo bibliografia, tecendo críticas construtivas... outras, simplesmente dão o fôlego, o incentivo e o conforto, transmitindo calma e tranquilidade para o prosseguimento ininterrupto da jornada. Seja desta forma ou daquela, todos merecem ser lembrados e homenageados.

De início, devo agradecer a quem soprou em minhas narinas e me deu o fôlego de vida. Àquele que alguns chamam por Deus, Jeová, Oxalá, Maomé, Yeshua; alguns apregoam sua inexistência ou simplesmente o explica como “energia”. Eu, porém, acredito em um ser superior que criou tudo que na natureza existe, que julga a todos sobre os firmamentos da terra e que proporciona certas providências. Seja lá qual for seu nome, forma ou composição, a verdade é que eu o sinto em meus dias e a Ele por tudo agradeço.

À minha família (primos (as) e tios (as), todos da família **Vieira, Ramos e Oliveira**) pelo amor, carinho, atenção, força, entusiasmo e incentivo transmitidos por todos esses anos que estive fora da minha residência (Irecê/BA) para buscar estudos fora de casa. Merecem destaque, contudo, as pessoas que diretamente sacrificaram parte da sua “liberdade” para possibilitar a realização desse sonho: a Professora **Ariândenis Vieira Ramos** (minha mãe), quem me disciplina diuturnamente com seu exemplo de vida; **Samara Vieira Durães** (minha irmã) por sonhar junto comigo; **Helber Vieira Durães** (meu irmão, eterno caçula), por ser o amigo e companheiro de todas as horas; **Josué Alves Durães Filho** (meu pai).

E por falar em família, tendo eu a minha tão distante, fui recebido (muito bem recebido) e acolhido pela família de **Lúcia Guerra e Carmélio Reynaldo**, dois exemplos de caráter irrepreensível, humanidade e humildade que jamais conheci. Igualmente grato por sua filha **Lorena Guerra**, quem por muito cuidou de mim como ninguém (exceto minha família), contribuindo, inclusive, com a concretude desse trabalho. A estes, a minha eterna admiração e respeito.

Grato sou pelas magistrais lições fornecidas pelo meu orientador professor **Dr. Rodrigo Toscano de Brito** e por ter me dado azas para produzir. Igualmente, agradeço ao professor **Dr. Fernando Vasconcelos** pelos ensinamentos transferidos com o seu exemplo de humildade e dedicação à Ciência Jurídica. Outro nome que de fora não pode ficar é o

da professora **Dr^a. Maria Luiza P. Alencar Feitosa** pelas críticas sempre construtivas e enriquecedoras e por ter me apresentado a belíssima e necessária ligação entre o Direito e o desenvolvimento, com o olhar voltado para as questões sociais. Estes professores são meus referenciais acadêmicos.

Sob a graça do princípio de quem tem amigo tem tudo (mais vale amigo na praça do que dinheiro na Caixa), não posso deixar de agradecer ao apoio pessoal e à lealdade de **Icaro Almeida de Sousa**, em quem descobri um irmão. À **Leonellea Pereira**, a primeira incentivadora que me entusiasmava a publicar artigos científicos (essencial para o ingresso no mestrado), quando eu ainda cursava o 4º semestre da graduação, a minha gratidão. Aos colegas e amigos com os quais tenho a honra de dividir o mesmo ambiente de trabalho: **Jaderlene Manuela, Vanessa Soares, Diego Brendel, Daniel Dornelas** e, em especial, **George Campos Dourado** pela oportunidade, confiança e lições que nem a universidade nem o mercado podem dar, senão pelo exemplo de um profissional competente, íntegro e humilde (atributos quase inencontráveis na mesma pessoa).

E é claro, não poderiam ficar de fora os companheiros do peito esquerdo, com os quais dividi dores, desilusões, alegrias e renovação de ânimo e fôlego! São eles os “membros do conselho superior da boemia Irecêense”: **Franck Junior** (médico de respeito), **Micael Rosendo** (futuro jurista de coração), **Antônio Mendes** (Tonhão) e **Ramon Arievalo** (primo e músico responsável pelas principais trilhas sonoras de muitos encontros).

Por fim, aos professores do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba – UFPB e à coordenação do PPGCJ na pessoa do prof. **Dr. Enoque Feitosa Sobreira Filho**; aos colegas do mestrado em Direito Econômico da turma de 2011; à UFPB; à Paraíba; à João Pessoa... muito obrigado e que venha o Doutorado!

*Há mais pessoas que desistem do que pessoas
que fracassam - Henry Ford.*

RESUMO

A dissertação que se apresenta tem por objeto o estudo da exploração exclusiva de loterias pela União, a sua natureza jurídica, analisando como se aperfeiçoa o vínculo entre os sujeitos que figuram a referida atividade (União, Caixa Econômica Federal, Casas Lotéricas e apostador) e suas respectivas atribuições no âmbito desse mercado explorado pelo Estado. Alguns dados públicos são levantados e demonstrados através de gráficos, a fim de se verificar os percentuais da destinação dos recursos captados pela Loteria, como os setores destinatários estão sendo beneficiados e se, de fato, a atividade lotérica estatal contribui para o desenvolvimento. Além disso, discute a teoria dos contratos de jogo e aposta no Código Civil, e em qual dessas modalidades se insere a prática de loteria, em confronto com a Lei das Contravenções Penais que tipifica a extração lotérica como jogos de azar. Ato contínuo, se observa se é possível afirmar que existe uma relação jurídica de consumo envolvendo o apostador e os entes que figuram ativamente na atividade lotérica estatal, compreendendo, como sujeitos ativos, além da União, a empresa pública Caixa Econômica Federal e as Casas Lotéricas (permissionárias de serviços públicos), como análise dos elementos subjetivo e, como verificação dos elementos objetivos, confronta a atuação lotérica a fim de identificar, nos moldes do Código de Defesa do Consumidor – CDC, possível fornecimento de produto ou serviço. Tal investigação busca responder se o apostador é consumidor, nos termos do Código Consumerista, pois, o sendo, incidirá sobre a multicitada relação todo o arsenal protetivo da Lei nº. 8.078/90. Por fim, busca-se aplicar toda carga teórica, até então construída, ao estudo da responsabilidade civil no âmbito da Loteria estatal, imprimindo ao trabalho, além da responsabilidade objetiva do CDC, os atributos da novel teoria da *perda da chance* (*perte d'une chance*). A doutrina pátria e estrangeira, além da jurisprudência nacional, são corolários para a referida abordagem. Além disso, a pesquisa não se furta à realidade de que a responsabilidade civil em tela envolve sujeitos e institutos públicos e privados, simultaneamente. Por isso, além da responsabilidade prevista no Código de Defesa do Consumidor e da teoria da perda da chance, outras formas de responsabilização são abordadas, tais como as previsões do bojo constitucional, do Direito Administrativo e do diploma cível. A pesquisa é desenvolvida através de buscas bibliográficas e documentais, de fontes primárias, secundárias e terciárias, a exemplo de circulares e contratos públicos, jurisprudências, projetos de lei, pareceres e pesquisas de estudiosos do Direito. Utiliza-se do método hipotético-dedutivo, haja vista que os conhecimentos disponíveis sobre o assunto proposto não são suficientes para enfrentamento do fenômeno em tela (problema). Por isso, mormente no quarto capítulo, quando se trata da responsabilidade civil pela perda da chance, foi necessário formular conjecturas e hipóteses complementares, das quais se deduzem conseqüências que são aplicadas e testadas no decorrer da argumentação. Trata-se de uma pesquisa descritiva e explicativa, pois não apenas pretende descobrir a existência de relações entre variáveis (exploração de loteria pela União em si e a relação de consumo entre diversos sujeitos, de naturezas diferentes), mas busca identificar os fatores que fornecem os elementos de um determinado fenômeno (responsabilidade civil perda da chance do apostador, *e.g.*), respectivamente. Ou seja, através de uma pesquisa qualitativa, o presente estudo busca, utilizando-se de diferentes técnicas, traduzir e expressar os fenômenos jurídicos em torno da exploração exclusiva de loterias pela União e as conseqüências jurídico-econômica e social advindas desta atividade.

Palavras-chave: Jogo e Aposta; Chance; Consumidor; Desenvolvimento.

ABSTRACT

The dissertation that presents has for object the study of exclusive exploitation of lotteries by the Union, its legal nature, analyzing how it enhances the link between late-appearing such activity (Union, Caixa Econômica Federal, houses lottery) and their respective power under this market operated by the State. Some public data are collected and presented through graphs, in order to verify the percentages of allocation of funds raised by the lottery, as the recipients are being processed and if, in fact, the State Lottery activity contributes to development. In addition, discusses the theory of gambling and betting contracts in the Civil Code, and in which of these methods is the practice of lottery, in confrontation with the law of Criminal Misdemeanors that typifies the extraction as Lottery gambling. Continuous Act, noted that it is possible to affirm that there is a legal relationship involving consumption the bettor and the ones that are actively in State Lottery activity, comprising, as active subjects, in addition to the publicly-owned Caixa Econômica Federal and Banking (permit holders of public service), such as analysis of subjective elements and, as checking goals, confronts the Lottery activities in order to identify, along the lines of the consumer defense code – CDC, possible supply of product or service. This research seeks to answer if the bettor is consumer, in accordance with the Consumer Code, since, being, will focus on the referred to relationship over the whole arsenal of protective law n°. 8.078/90. Finally, we seek to apply any theoretical load, by then built, to the study of liability under State Lottery printing to work, besides the strict liability of the CDC, the attributes of novel theory of loss of chance (*perte d'une chance*). The motherland and foreign doctrine, as well as national case law are corollaries to this approach. In addition, the research did not steal the reality that the civil responsibility in the screen involves individuals and public and private institutes, simultaneously. So, in addition to the liability provided for in the code of consumer protection and of the theory of loss of chance, other forms of accountability are addressed, such as forecasts of constitutional, Administrative law bulge and the civil law. The research is developed through bibliographical and documental searches of primary, secondary and tertiary sources, such as circulars and public contracts, laws, bills, legal opinions and research of scholars of law. Use of the hypothetic-deductive method, given that the available knowledge on the subject proposed are not sufficient to deal with the phenomenon on screen (problem). So, especially in the fourth chapter, when it comes to liability for loss of chance, it was necessary to formulate further hypotheses and conjectures, which derive consequences that are applied and tested in the course of the argument. This is a descriptive and explanatory, as it not only aims to discover the existence of relations between variables (lottery operation by the Union itself and the relationship between various subjects, of different natures), but seeks to identify the factors that provide the elements of a given phenomenon (civil liability for loss of chance of the punter, e.g.), respectively. In other words, through a qualitative research, this study seeks, using different techniques, translate and express legal phenomena around the exclusive exploitation of lotteries by the Union and the legal and social and economic consequences arising from this activity.

Keywords: Play and Bet; Chance; Consumer; Development.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 01 - Tela do Sistema Internet Banking.....	50
Gráfico 01 - Arrecadação da Loteria.....	88
Gráfico 02 - Relação Arrecadação/Repasse.....	89
Gráfico 03 - Relação Arrecadação/Repasse.....	89
Gráfico 04 - Fracionamento Principal.....	90
Gráfico 05 - Repasse ao Fundo de Investimento do Estudante Superior.....	91
Gráfico 06 - Repasse ao Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN.....	91
Gráfico 07 - Repasse à Seguridade Social.....	91
Gráfico 08 - Repasse ao Fundo Nacional de Cultura – FNC.....	92
Gráfico 09 - Repasse ao Imposto de Renda.....	92
Gráfico 10 - Fracionamento do Prêmio Bruto.....	92
Gráfico 11 - Divisão Geral da Arrecadação.....	94
Gráfico 12 - Repasse ao Fundo Nacional de Saúde– FNS.....	95
Gráfico 13 - Concursos Especiais (APAE e Cruz Vermelha).....	95

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABLE – Associação Brasileira de Loterias Estaduais

AC – Apelação Cível

ADI – Ação Direta de Constitucionalidade

ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade

APAE – Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais

CAIXA – Caixa Econômica Federal

CC – Circular Caixa

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CEF – Caixa Econômica Federal

COB – Comissão Olímpica Brasileira

CPB – Comissão Paraolímpica Brasileira

CR – Carta Rogatória

EI – Embargos Infringentes

EIC – Embargos Infringentes Cíveis

EU – Estados Unidos

FDL – Fundo de desenvolvimento das Loterias

FIES – Fundo de Financiamento de Ensino Superior

FNC – Fundo Nacional da Cultura

FNS – Fundo Nacional da Saúde

FUNPEN – Fundo Penitenciário Nacional

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia E Estatística

IRRF – Imposto de Renda Retido na Fonte

LOTERJ – Loterias do Estado do Rio de Janeiro

PIB – Produto Interno Bruto

PROUNI – Programa Universidade para Todos

REsp – Recurso Especial

RMS – Recurso Em Mandado de Segurança

SDC – Solução de Divergência Cosit

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

US – Unites States (Estados Unidos)

SUMÁRIO

CAPÍTULO I

1	JOGO, APOSTA E LOTERIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	23
1.1	CONTRATO DE JOGO E APOSTA NO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO	26
1.1.1	Distinção entre Jogo e Aposta.....	26
1.1.2	Espécies de Jogo e Aposta e o Enquadramento da Loteria Estatal.....	30
1.1.3	Natureza Obrigacional na Prática de Jogo e Aposta e a Exigibilidade no Âmbito da Loteria.....	35
1.2	JOGOS E APOSTAS ON LINE NO BRASIL: LEGISLAR PARA PROIBIR OU PARA CONTROLAR?.....	43
1.3	CONCEITOS, CARACTERES E NATUREZA JURÍDICA DA LOTERIA ESTATAL.....	51
1.3.1	Conceitos, Histórico e Modalidades da Loteria da União.....	51
1.3.2	Derrogação Excepcional de Normas de Direito Penal no Âmbito das Loterias: uma Autotutela Estatal	55
1.3.3	Bilhete de Aposta como Título de Crédito Impróprio.....	58
1.3.4	Prescritibilidade dos Prêmios da Loteria	64

CAPÍTULO II

2	EXPLORAÇÃO EXCLUSIVA DE LOTERIAS PELO ESTADO E OS SEUS AGENTES OFICIAIS	67
2.1	NATUREZA JURÍDICA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL (CEF) E SUA ATUAÇÃO NO MERCADO ECONÔMICO	69
2.2	ANÁLISE LEGAL DA DETENÇÃO EXCLUSIVA DE LOTERIAS PELA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL.....	75
2.3	VÍNCULO JURÍDICO E ATRIBUIÇÕES DAS CASAS LOTÉRICAS (PERMISSIONÁRIAS) DELEGADAS PELA CEF .	79

2.4	DESTINAÇÃO DOS RECURSOS CAPTADOS PELA EXPLORAÇÃO DE LOTERIAS FEDERAIS	85
-----	---	----

CAPÍTULO III

3	ELEMENTOS DA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO NO ÂMBITO DA LOTERIA ESTATAL.....	98
3.1	PRODUTO E SERVIÇO NA ATIVIDADE LOTÉRICA COMO LIAME JURÍDICO DA RELAÇÃO DE CONSUMO	101
3.1.1	Produto e Serviço no Código de Defesa do Consumidor: um intróito.....	101
3.1.2	Aposta de Loteria: Produto ou Serviço?	102
3.1.3	Exploração de Loterias como Serviço Público.....	106
3.1.4	Serviço Lotérico Versus Serviço Bancário ou Financeiro	111
3.2	CONFIGURAÇÃO DOS FORNECEDORES DA LOTERIA FEDERAL DO BRASIL E A CADEIA DE CONSUMO.....	116
3.2.1	Ampliação do Conceito de Fornecedor: Algumas Noções Preliminares.....	116
3.2.2	Atuação da União, Enquanto Ente Público.....	118
3.2.3	Atuação da Caixa Econômica Federal, Enquanto Empresa Pública.....	119
3.2.4	Atuação das Casas Lotéricas, Enquanto Ente Privado Permissionário de Serviço Público	122
3.3	CARACTERIZAÇÃO DO APOSTADOR NA RELAÇÃO LOTÉRICA: O APOSTADOR É CONSUMIDOR?	124
3.3.1	Considerações Sobre o Polo Passivo da Relação de Consumo .	124
3.3.2	Apostador como Adquirente e Destinatário Final de Loteria ..	126
3.3.3	Pessoa Jurídica como “Consumidora de Loterias” e a Questão Fiscal.....	130

CAPÍTULO IV

4	RELAÇÃO DE CONSUMO E RESPONSABILIDADE CIVIL NA EXPLORAÇÃO OFICIAL DE LOTERIA	134
4.1	CONSUMO LOTÉRICO E RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	136
4.1.1	Vício do Produto Lotérico e o Confronto com o art. 18 do CDC 143	
4.1.2	Vício do Serviço Lotérico e o art. 20 do CDC	147
4.2	RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DA CHANCE DO APOSTADOR.....	151
4.2.1	Distinções Entre Dano Material, Dano Moral e Perda da Chance no Consumo de Loteria	151
4.2.2	Propedêutica da Teoria da Perda da Chance e sua Incidência no âmbito da Loteria	155
4.2.3	Perda da Chance e o Quantum Debeatur: Critérios da Reparabilidade ao Apostador Lesado.....	164
4.3	REPARAÇÃO POR DANOS À COLETIVIDADE DE APOSTADORES DE BILHETE ÚNICO.....	168
4.4	OUTRAS FORMAS DE RESPONSABILIZAÇÃO ENVOLVENDO AS LOTERIAS FEDERAIS	170
4.4.1	Dever de Indenizar do Estado por Falha no Fornecimento Exclusivo de Loteria	170
4.4.2	Responsabilidade Civil das Casas Lotéricas e o Artigo 37, Parágrafo 6º da Constituição Federal.....	171
4.4.3	Dever de Fiscalização da Caixa Econômica Federal e a Responsabilidade Civil por Culpa in Vigilando e in Eligendo .	174
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	178
	REFERÊNCIAS.....	183

INTRODUÇÃO

Iniciada nos primeiros passos da pesquisa científica, ainda na graduação, o estudo em dissertação debate, em linhas gerais, a atuação da União como exploradora exclusiva de loterias, uma atividade econômica não abrangida pelo monopólio constitucional (art. 177), passando pela análise da relação jurídica de consumo dentro da esfera dessa atividade, até chegar à possível responsabilização cível.

Escrever sobre a loteria estatal brasileira, entretanto, não é uma tarefa das mais fáceis. Há uma grande carência de literatura que discorra sobre o assunto, com enfoque eminentemente jurídico. Até mesmo sob o ponto de vista econômico ou social, há pouca pesquisa desenvolvida sobre a aludida temática.

A doutrina nacional não contempla o tema a não ser de forma *am passam* quando se trata dos contratos de jogo e aposta no Código Civil, mas, o faz em uma abordagem exemplificativa, quando a enquadra no rol dos jogos regulamentados. Não há enfrentamento doutrinário específico sobre a matéria, mormente quando se trata da existência ou não da relação jurídica de consumo. A jurisprudência também ainda não se manifestou expressamente, apesar de existir decisões em torno do assunto. É bem verdade que alguns julgados mencionam o Código de Defesa do Consumidor – CDC em demandas envolvendo a Loteria, mas não se aprofundam em quais parâmetros incide os comandos na norma protetiva em casos tais.

De igual modo, a responsabilidade civil originária de vícios do fornecimento de produto e serviço da Loteria da União, seja pelo texto do CDC, seja pela legislação Cível ou administrativa, é pouca (ou nada) enfrentada pela doutrina e tribunais. Por isso, o estudo que se propõe pode se mostrar relevante, uma vez que enfrenta, de frente, os elementos doutrinários caracterizadores da relação jurídica de consumo, observando-se a prática da atividade lotérica, confrontando a forma com que os seus protagonistas atuam no âmbito da exploração de loterias (elementos subjetivos), analisando-se o liame jurídico (elementos objetivos) e aplicando a doutrina consumerista em busca de uma resposta científica.

Observa-se, no título deste trabalho e no decorrer do seu desenvolvimento, que se diz “relação jurídica de consumo”, quando se verificam os elementos objetivos e

subjetivos caracterizadores do contrato de consumo nos termos da lei própria (CDC) e não apenas “relação de consumo”, pois este termo é utilizado em qualquer outra ciência (economia, administração, psicologia etc.) que estude o mercado e o consumo, em sentido amplo. Por isso, preferiu-se empregar a primeira expressão, por ser mais coerente com a proposta em tela.

Antes de prosseguir nessas linhas intróitas, ainda, cumpre distinguir o significado do verbete “loteria” (com “l” minúsculo) e “Loteria” (com “L” maiúsculo) para evitar ambiguidade no decorrer do texto. Para efeito do presente estudo, chama-se “loteria” (substantivo comum) a prática de aposta, penalmente conhecida por *jogo de azar*, na qual consiste no sorteio aleatório de combinações pré-determinadas, normalmente um conjunto numérico, mediante o pagamento de um prêmio em dinheiro ao apostador vencedor. Trata-se de uma atividade exercida por qualquer ente, não necessariamente vinculada ao Estado. A “Loteria” (substantivo próprio), por sua vez, é a exploração de *loteria* pela União, é o nome da atividade lotérica empreendida pelo poder público federal. Ou seja, quando se fala “loteria” (com “l” minúsculo) se refere a qualquer loteria, mas quando se menciona “Loteria” (com “L” maiúsculo) diz respeito àquela explorada pela União. Não raras vezes se utilizará as expressões “Loteria Federal” e “Loteria Federal do Brasil”, fazendo-se referência à atividade lotérica explorada pelo Estado.

Por seguinte, propôs-se dividir a pesquisa em quatro capítulos, subdividindo-o em diversos títulos, a fim de organizar a exposição do tema. A saber:

Pelo título “**jogo, aposta e loterias no ordenamento jurídico brasileiro**”, o tema é inaugurado com a identificação dos contratos de jogos e apostas na legislação e doutrina pátrias, bem como a sua natureza jurídica e o enquadramento legal da loteria como negócio juridicamente apreciável (contratos em espécie). Sendo contrato em espécie, diverso um do outro, fez-se imperioso distinguir jogo e aposta, abordando as suas diferentes espécies encontradas no texto do Código Civil a fim de identificar em qual modalidade a prática de loteria (de forma geral) se enquadra (se em jogo ou em aposta) e como se aperfeiçoa a natureza obrigacional dessas espécies de negócios jurídicos. Em seguida, se buscará inserir a Loteria estatal nesse contexto.

Com o avanço da rede mundial de computadores e a facilidade cada vez maior de se ter acesso à *network*, não se permite passar despercebida a existência dos jogos e apostas *on line*, uma realidade cada vez mais presente no mundo digital. Na Europa já

existe uma expressa manifestação do Estado a respeito do assunto e no Brasil uma tímida pretensão legislativa. Dentro desse contexto será vista a postura da Caixa Econômica Federal em relação à informatização (ou “virtualização”) das apostas lotéricas.

Vencida a abordagem geral, no que tange ao negócio jurídico em si, a pesquisa se põe a analisar a atividade lotérica do Estado, a Loteria, passando por conceitos, histórico, suas modalidades e se pode ser considerada uma atividade lícita, ilícita ou regulamentada (legalizada) – sendo estas espécies aquelas dispostas pelo Código Civil –, até chegar à sua regulamentação própria, instituída pelo Decreto-Lei nº. 204/1967.

Para fechar o capítulo inicial, são abordadas outras questões elementares ao estudo em tela, tais como a aplicação de regras cambiárias ao bilhete de aposta (será o bilhete de loteria um título de crédito?) e o desaparecimento do direito ao recebimento do prêmio da Loteria (muitas vezes milionário) pelo instituto da prescrição prevista em legislação própria.

Após conhecer os contratos de jogo e aposta e os caracteres jurídicos da atividade lotérica do Estado, no segundo capítulo será enfrentado o tema sobre a “**exploração exclusiva de loterias pelo Estado e os seus agentes oficiais**”, pelo qual são analisadas as questões atinentes à exploração de loterias pela União, em regime de exclusividade, e os sujeitos da referida atividade lotérica e como cada agente se comporta em suas relações jurídicas. Trata-se da abordagem individualizada sobre cada instituição que figura no polo ativo no âmbito da extração de loterias pelo Estado.

Essa parte do estudo mostra-se de grande relevância na medida em que os atributos dos potenciais fornecedores serão levados a feito para, mais a frente, se apurar possível relação de consumo. Significa dizer que, para se constatar a referida relação jurídica, deve-se analisar a situação fática dos agentes econômicos em estudo: “quem são”; “qual o vínculo (ou regime) jurídico”; “qual a atuação individual” e, principalmente, “qual a natureza do serviço ou produto” ofertado através da Loteria. Insta salientar que, nessa oportunidade, se erguerá uma discussão preliminar, em que se restringirá aos aspectos subjetivos da atividade lotérica, explorada em regime de exclusividade pela União e os seus colaboradores.

Além dos aspectos jurídicos propriamente ditos, será observada, com pesquisa em bases de dados públicas e privadas: como estão previstos os repasses dos recursos da Loteria, como estes vem ocorrendo, setores beneficiados e quais as suas controvérsias

atuais. Eis, neste particular, um recorte eminentemente desenvolvimentista, da qual não poderia se furtar o presente estudo.

Em seguida, após vencida a discussão quanto aos aspectos contratuais e obrigacionais do Direito Civil, Administrativo e até Penais (quando se enfrenta as contravenções penais dos jogos de azar), o capítulo terceiro abordará os “**elementos da relação jurídica de consumo no âmbito da Loteria estatal**”, enfrentando o núcleo da discussão: o apostador é consumidor para efeitos do Código de Defesa do Consumidor?

Destarte, muito foi falado das características gerais do assunto em tela, mas em momento algum foi mencionada a existência de qualquer relação de consumo e, por óbvio, as implicações do Código de Defesa do Consumidor. Isso porque, para se falar em relação jurídica de consumo se faz necessário abordar alguns aspectos preliminares e indispensáveis à compreensão do tema.

Antes de adentrar na relação de consumo propriamente dita, algumas questões preliminares e de ordem deverão ser abordadas, tais como a identificação dos elementos objetivos e subjetivos. Os elementos constitutivos do liame jurídico de consumo (consumidor, fornecedor, produto e serviço) serão examinados conjuntamente com a atividade lotérica do Estado. Quer dizer, serão esboçadas algumas linhas a respeito do fornecedor, consumidor, produto e serviço e como esses elementos da relação jurídica de consumo são verificados entre o apostador (será consumidor?), os titulares da exploração da loteria regulamentada – União, Caixa Econômica Federal – Casas Lotéricas (serão fornecedores?) e a aposta (será objeto, liame, da relação de consumo?).

No que tange aos elementos objetivos, o estudo irá analisar o bem (ou bens) ofertado (s) pela Loteria e responder, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, se o que a referida atividade põe no mercado é serviço ou produto (ou, ainda, se ambos). Não se escapará da análise, também, a configuração da Loteria como serviço público, assim intitulada por força de lei. De semelhante modo, se fará comparação (e distinção) entre a atividade lotérica dos serviços bancários.

No que diz respeito aos elementos subjetivos analisados, será investigada, individualmente, a atuação de cada instituição que atua no âmbito da Loteria, compreendida a União (detentora exclusiva da Loteria), a Caixa Econômica Federal – CEF (colaboradora exclusiva da exploração de loterias pela União) e as Casas Lotéricas

(permissionárias de serviço público delegada pela CEF, a fim de comercializar os bilhetes da Loteria).

Antes de findar o referido capítulo, um tópico específico será dedicado a apontar, com base nos elementos anteriormente analisados, se o apostador se caracteriza como consumidor de Loteria ou não. Ressalte-se que a discussão do terceiro capítulo não é o fim, mas o meio para chegar ao cerne da questão. O que importa, na verdade, será abordar cada item da relação de consumo de forma específica.

Por fim, após debruçar sobre os aspectos contratuais da prática de jogos e apostas, a sua situação atual no ordenamento jurídico brasileiro, mormente no que tange às definições legais, percorrendo pela análise político-econômica da exploração de Loteria pela União, vislumbrando os agentes protagonistas do empreendimento estatal até chegar à detecção da relação jurídica de consumo, o presente estudo, inevitavelmente, deságua em *Responsabilidade Civil*, mais precisamente falando, “**relação de consumo e responsabilidade civil na exploração oficial de Loteria pela União**”, tema do quarto capítulo.

Iniciado o último capítulo, portanto, não mais se questionará sobre a existência ou não da relação jurídica de consumo no âmbito das Loterias Federais. A discussão não estará esgotada ainda, é bem verdade, e nem tinha a intenção a tanto. Mas, para efeito do estudo que se propõe no quarto capítulo, a temática estará arrematada e o resultado encontrado no terceiro capítulo será aplicado aos títulos seguintes.

A proposta do último capítulo se justifica pela necessidade de aplicar a gama de informações e teorias que foram tecidas anteriormente, contemplando a sua incidência no caso *in concreto*, imprimindo à pesquisa mais que um arcabouço teórico, mas atribuindo-lhe feição prático-jurídica.

Para tanto, serão abordados alguns casos concretos ao decorrer do capítulo, disseminados nos diferentes tópicos e não em um item próprio. A jurisprudência dos tribunais brasileiros será utilizada como ferramenta de fundamental importância para elucidação do debate proposto. Algumas decisões de primeiro grau, bem como de tribunais regionais e superiores, serão utilizados com o fito de contemplar a visão judicial nas três instâncias sobre problemas envolvendo as loterias federais.

O estudo da responsabilidade civil, entretanto, não ficará restrito à aplicação ou não da legislação consumerista, mas será acompanhado pela *novel* teoria da *Perda da*

Chance. Com efeito, a natureza jurídica do produto lotérico convida para o debate a citada corrente doutrinária. Imprescindível tal enfrentamento, pois, em determinado momento se deverá analisar a composição do dano experimentado pelo apostador da Loteria. Ao lado das modalidades de dano material e moral, surge no ordenamento jurídico pátrio, sobretudo com forte nas decisões do STJ, a figura da *chance* como *bem* passível de lesão.

Visualizar-se-á a aplicação da teoria da perda da chance no âmbito da responsabilidade civil oriunda de danos possivelmente causados através da Loteria estatal. Isso será feito de forma universal a todos os fornecedores que protagonizam a relação em baila. Em seguida, se buscará apurar a responsabilidade individualizada de cada fornecedor, com suas respectivas peculiaridades.

Essa individualização das responsabilidades se explica, pois, de fato, existem três pessoas diversas que figuram o polo ativo do mercado lotérico. Tal como já dito alhures, a União (pessoa jurídica de Direito Público Interno, explorador exclusivo da Loteria, como serviço público), a Caixa Econômica Federal (empresa pública, colaboradora exclusiva do mercado lotérico) e as Casas Lotéricas (iniciativa privada que comercializa os bilhetes de loteria) atuam ativamente no âmbito da Loteria.

E por configurarem pessoas jurídicas diversas (Ente Público, Empresa Pública e Empresa Privada), faz-se imperioso apurar a responsabilidade de cada uma em separado. Por isso, para cada “fornecedora” da Loteria, haverá um tópico apropriado, a fim de enfrentar a questão de forma mais específica. Outras formas de responsabilização também serão abordadas, sobretudo as atinentes à legislação administrativa.

Para maior compreensão e desenvolvimento da dissertação, como trabalho eminentemente teórico, foi realizado estudo analítico através da pesquisa bibliográfica e documental de fontes primárias e secundárias, notadamente em doutrinas estrangeiras e nacionais que, diga-se de passagem, enaltecem a ciência jurídica como um todo; documentos públicos, como circulares e contratos públicos; base de dados de entidades do governo federal; sentenças judiciais; pareceres; *home page* de pesquisadores, além de outras contribuições científicas à disposição da consulta pública etc., esperando oferecer à comunidade acadêmica subsídios para futuras pesquisas em torno do presente tema.

CAPÍTULO I

JOGO, APOSTA E LOTERIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1 JOGO, APOSTA E LOTERIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Jogos e apostas de toda natureza são, sem dúvida, um grande terreno de discórdias e antagonismos¹, no Brasil e em grande parte do mundo. Para muitos, um antro de vícios, depravações, incertezas e mal-estar social. Para outros uma grande oportunidade para gerar renda, emprego, tributos e desenvolvimento². A discussão virou até tema de rádio novela, produzida recentemente pelo Supremo Tribunal Federal (STF)³.

Ignorados como negócios (ou atos) jurídicos, as práticas de jogos e apostas foram por muito tempo condenados por juristas renomados, a exemplo de Clóvis Beviláqua (*apud*, HEUSELER; LEITE, 2010), que rejeitavam a inserção de tais práticas no universo dos contratos. Para o citado autor, tais contratos permaneciam no domínio dos costumes. São passatempos sem o condão de gerar direitos e obrigações juridicamente apreciáveis. Ou, de modo diverso, seriam vícios condenáveis e imorais, socialmente desastrosos, contra os quais deve acautelar-se a ordem jurídico-econômica.

Em sentido semelhante, muito antes de promulgado o atual Código Civil, Silvio Rodrigues disciplina que “se o jogo e a aposta fossem um contrato, seria espécie do gênero ato jurídico, gerando, por conseguinte, os efeitos almejados pelos contratantes. Se isso ocorresse, seria justa sua disciplinação entre os contratos”. Contudo, observa-se ainda que “tanto o jogo lícito quanto a aposta não são atos jurídicos, visto que a lei lhes nega efeito dentro do campo do direito. Assim, não podem ser enfileirados entre os negócios jurídicos e, por conseguinte, entre os contratos” (*apud*, HEUSELER; LEITE, 2010).

Adiante, será discutida a atual regulamentação dos jogos e apostas do Código Civil Brasileiro, o qual supriu as lacunas já observadas por Silvio Rodrigues,

¹ O desembargador Fernando Tourinho Neto, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), considerou que a própria sociedade aceita práticas ilegais no âmbito da exploração de jogos ilegais. Em recente decisão envolvendo o repercussivo caso do “bicheiro” Carlinhos Cachoeira, o magistrado teria relativizado a sua suposta atividade. Segundo Tourinho, mesmo ilegais, os jogos de azar são “largamente aceitos” pela sociedade. O desembargador disse que o estado de Goiás editou duas leis que autorizavam a exploração de jogos de azar e que só em 2007 o STF derrubou a prática. “Veja-se que muitos setores da sociedade defendem a legalização dos jogos de azar, visto que a prática é largamente aceita pela sociedade em geral, ainda que seja ilegal”, arremata em trecho da decisão (AGÊNCIA BRASIL, 2012).

² Ideia que defende a União, através da Loteria Federal.

³ Trata-se do projeto “Justiça em Cena”, da Rádio Justiça iniciado em 2004. Retomado e reelaborado em 2007, o programa tem episódios semanais, tratando de temas atuais e, porque não, polêmicos, a exemplo da xenofobia, falso testemunho, estelionato virtual e atualmente (junho de 2012), sobre jogos de azar (BRASIL, STF, 2012).

supratranscritas, os quais merecem destaque: 1) previsão dos jogos e apostas (de toda espécie) entre os contratos em espécie; 2) reconhecimento dos jogos e apostas lícitos ou ilícitos como negócios jurídicos; 3) efeito dentro do campo do Direito; 4) exigibilidade das obrigações contraídas através dos jogos e apostas regulamentados.

O arcabouço legal brasileiro é bastante taxativo quando se trata de jogos e aposta. Há regulamentação no Código Civil, na Lei das Contravenções Penais, no Direito Empresarial, em diversos decretos e legislações ordinárias⁴. Os jogos de azar, contudo, é a modalidade que sofre o maior rigor da legislação brasileira, diferentemente com o que ocorre nos Estados Unidos, Canadá, México e em grande parte da Europa, como Portugal que já está bastante avançado, inclusive, nos estudos para regulamentação dos jogos *on line* (vide item 1.2.).

O Brasil também já estuda a regulamentação dos jogos *on line* desde 2009⁵. E não poderia ser diferente. Afinal de contas, o mundo globalizado diminui a distância entre as nações e aproxima as condutas dos diferentes agentes. Se na Europa se pratica jogos de azar disponível na *rede*, fica fácil o acesso indiscriminado no Brasil, se não tem legislação que o regule.

Desse modo, o presente capítulo trará ao leitor as noções basilares dos aspectos jurídicos dos jogos e apostas. Serão explorados os diplomas normativos que regulam a matéria e os estudos doutrinários (e científicos), compreendendo-se um universo multidisciplinar, sem preterir outras vertentes social e economicamente relevantes.

⁴ Outras vertentes, a exemplo do Direito Administrativo e do Código de Defesa do Consumidor, serão discutidas adiante, porém, em capítulo oportuno.

⁵ Adiante, serão estudados os jogos *on line* em tópico específico, oportunidade em que se tratará da proposta brasileira para o caso (veja item 1.2.).

1.1 CONTRATO DE JOGO E APOSTA NO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

1.1.1 Distinção entre Jogo e Aposta

Previsto desde o Código Civil de 1916, embora com parâmetros diferentes, o novo Diploma dispõe sobre Jogo e Aposta entre os artigos 814 e 817. Apesar de ambos estarem no mesmo capítulo do diploma legal civil, este não os define. Então resta à doutrina a tarefa de fazê-lo, além de traçar suas características específicas e distintivas de cada um. A dogmática dos referidos contratos é certamente a das mais difíceis do Direito Privado⁶. No Código Civil e na doutrina em geral, ambos os contratos são tratados conjuntamente e, embora traga em sua essência um elemento comum (a álea), devem ser conceituados separadamente.

A bem da verdade, o interesse na distinção entre ambos os contratos é pragmaticamente desprezível, pois os princípios aplicáveis aos dois institutos jurídicos são, ortodoxamente, os mesmos. O jogo e a aposta são dois negócios distintos, mas regulamentados pelos mesmos dispositivos legais. No Direito Romano, contudo, tais institutos eram regulados isoladamente e identificados como *alearum ludus*, como jogo; e *sponsio*, como aposta (HEUSELER; LEITE, 2010).

Foi no século XVI, na Europa, que surgiram os primeiros estudos matemáticos sobre os jogos. O matemático Luca Pacioli, em meados de 1500, estudou um problema chamado de “jogo da *Balla*”, na obra intitulada *Summa*. Girolamo Cardano, que era viciado em jogo⁷, por sua vez, em 1526, editou o livro *Liber de Ludo Aleae* (Livro dos jogos de azar), no qual resolve vários problemas matemáticos e retoma algumas questões erguidas inicialmente por Pacioli. A obra de Cardano, contudo, só veio a ser publicada em 1663 (PACKEL, 1981). Já o matemático Niccolò Tartaglia, em 1556, dedica algumas páginas de sua obra *General Trattato* aos problemas de matemática aplicados a jogos de

⁶ Caio Mário (2007), ao lecionar sobre a dogmática dos jogos e aposta, referiu-se como uma conceituação das mais complexas do Direito Privado, na qual a doutrina tem incorrido em repetidos erros, inculcados como verdades.

⁷ Cardano relata em sua autobiografia *De Propria Vita* que era viciado em jogos de azar. Escreve que havia jogado xadrez por 40 anos e dados por 25 (IEZZI e HAZZAN, 2001).

Pacioli. E Galileu Galilei escreve, em 1590, um manual sobre jogos, denominado *Sopra le Scoperte dei Dadi* – Considerações sobre o Jogo de Dados (INÍCIO DA MATEMATIZAÇÃO AS PROBABILIDADES, 2012).

Outros jogos de azar, a exemplo do pôquer e a roleta, começam a ser praticados no século XIX, evoluindo matematicamente até os dias atuais, nos menores detalhes (PACKEL, 1981). Contudo, tais práticas não passavam de expedientes recreativos ou de levantamento de fundos por governantes, sem nenhuma implicância jurídica.

Hodiernamente, a doutrina trata jogos e apostas como contratos realizados entre duas ou mais pessoas, que se obrigam mutuamente a pagar certa quantia ou a entregar determinada coisa àquele que obtiver resultado favorável na disputa. Em se tratando de loteria, contudo, *e.g.*, jamais se admitirá a entrega de coisa para o vencedor, mas, tão somente, o pagamento de certa quantia em dinheiro. Se a prática tiver como objetivo o ganho de coisa diferente de pecúnia, será outra modalidade de jogo ou aposta (como rifa, por exemplo), mas não loteria. Melhor explanação no item seguinte.

O “jogo é o contrato por meio do qual duas ou mais pessoas obrigam-se a pagar determinada quantia ou coisa diferente de dinheiro àquele que resultar vencedor na prática de atividade intelectual ou física”. A aposta, por sua vez, “é o contrato pelo qual duas ou mais pessoas prometem soma ou equivalente em razão da opinião sobre determinado assunto, fato natural ou ato de terceiros” (VENOSA, 2007, p. 379).

Vê-se aí uma diferença sutil entre os dois institutos. Por isso, é interessante trazer à discussão a precisa diferenciação posta por Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 521), *in verbis*:

Jogo e aposta são, pois, contratos aleatórios. No primeiro, o resultado decorre da participação dos contratantes. Na aposta, o resultado não depende das partes, mas de um ato ou fato alheio e incerto. Enquanto no jogo há propósito de distração ou ganho, com a participação dos contendores, na aposta há o sentido de afirmação da opinião manifestada, ficando nas mãos do acaso a decisão sobre a sua prevalência ou não.

Em outras palavras, o que melhor diferencia os contratos de jogo e aposta é a participação ou não dos contratantes para se chegar ao resultado. Ao passo que o contrato de jogo se submete a esta condição (a participação dos jogadores), a aposta somente se

sujeita à sorte. Significa dizer que, no jogo o resultado depende do desempenho dos contendores que participam efetivamente do desfecho. Já na aposta, os apostadores são meros expectadores, aguardando o epílogo do pleito que será decidido unicamente pela *álea*, sorte para uns; azar para outros. Daí algumas apostas serem cognominadas “jogos de azar”⁸.

Ainda no que diz respeito à diferenciação de ambos os contratos, uma das distinções clássicas entre jogo e aposta foi elaborada por Caio Mário da Silva Pereira (2001, v. III, p. 322), dando o exemplo alegórico dos caracóis de Tholl:

Encontrando-se dois indivíduos em jardim, observam dois caracóis em cima de uma mesa, fechando disputa sobre qual deles chegaria primeiro ao outro lado. A hipótese é de aposta. Mas, caso contrário, ou seja, se os indivíduos em questão colocarem os caracóis sobre a mesa, disputando qual chegará em primeiro lugar ao outro lado, haverá jogo.

Pelo exemplo dos caracóis de Tholl, é possível entender que, no jogo, os participantes concorrem em processo competitivo, podendo influenciar no resultado, escolhendo o caracol que lhe parecer melhor, por exemplo. Já na aposta, os apostadores apenas emitem uma opinião contrária a respeito de um acontecimento incerto (aleatório), sendo vencedor aquele cuja opinião se mostrar verdadeira, se concretizar.

Por outro lado, há modalidades em que se combinam as características de jogo e aposta, mesclando a destreza dos jogadores com a pura *álea*. Nessa modalidade, a expertise do jogador faz diferença apenas em estimar as possibilidades decorrentes de uma ou mais ações, em que o jogador busca reduzir a probabilidade de resultados desfavoráveis e aumentar a chance por meio de suas ações. O sucesso nesse misto de “jogo e aposta” pode até ser influenciado pela habilidade dos contendores, mas o

⁸ A expressão “azar”, impregnada em algumas modalidades de aposta, cognominada equivocadamente como “jogo”, data de remotas épocas romanas. Embora não se conheçam as regras em que eram praticados, uma espécie de jogo de dados denominado *hazard* (risco em inglês; e perigo para o francês) foi introduzida na Europa através da terceira cruzada dando origem ao “jogo de azar”. Contudo, as origens etimológicas do termo provêm da palavra de raiz árabe *al-azar*, que significa “dado” (BELL, 1979). Muito embora rotulada como “jogo de aposta”, juridicamente a prática de “jogos” que dependem unicamente da sorte, sem levantar em conta a habilidade dos contendores, é aposta e não jogo. Mas convencionou-se chamar de jogo, por força da Lei das Contravenções Penais que assim a identifica.

componente essencial, sempre presente, da álea pode arrebatrar a vitória do jogador mais experiente e distinto. É o caso dos jogos de dados (jogo da glória, gamão, *craps* etc).

Registra-se que os jogos de dados mais antigos que se conhece foram descobertos em 1920 por Sir Leonard Wolley ao pesquisar em túmulos reais da civilização sumeriana de Ur. O dado tinha forma de pirâmide, muito diferente do “moderno” cubo de seis lados. Algumas décadas depois, foram descobertos na tumba do faraó Tutankamon dados em formatos de hastes com as faces numeradas de 1 a 4 (SEABRA; MOLITERNO, 1978). Já os sumérios e assírios usavam a forma dado de seis faces, feito do osso denominado astrágalo ou *talus*, extraído do calcanhar de animais, e que o moldavam para que eles pudessem cair em quatro possíveis posições diferentes (PACKEL, 1981).

No campo das considerações mais técnicas e doutrinárias dos contratos de jogo e aposta, não se pode olvidar algumas notas pertinentes, observadas em toda relação jurídica regulada por contrato. Primeiro, no que diz respeito às partes contratantes, no jogo, são os jogadores. Na aposta, os apostadores. O credor do jogo é aquele que consegue vencer o (s) outro(s) jogador (es). O credor da aposta é aquele cuja opinião expressada coincide com o resultado aleatório do ato.

No que tange à natureza jurídica de jogo e aposta, tem-se a destacar que “ambos são contratos e, portanto, negócios jurídicos bilaterais, ainda que vulgarmente não se dê conta disso” (VENOSA, 2007, p. 379), o que põe em *xequê* aquelas indagações de Silvio Rodrigues, já mencionadas no título anterior. Por isso, à luz do Direito atual, tratar-se-á, no presente estudo, os contratos de jogo e aposta como negócios jurídicos e, como tal, acordos bilaterais. Ainda, no que diz respeito a sua natureza jurídica, faz-se imperioso informar que tais modalidades de contratos podem, dependendo da espécie, ter cunho de *obrigação natural*, temática pertinente que ficará reservada a item posterior.

Quanto às características mais marcantes dos contratos de jogos e apostas, pode-se sublinhar a incerteza do desfecho, o que embute em seus participantes a condição de “sorte” ou “azar” (GONÇALVES, 2009). Ou seja, não é exaustivo dizer que se trata de um contrato eminentemente aleatório. Além disso, são negócios jurídicos onerosos. Os contratos de jogo e aposta gratuitos são, em princípio, irrelevantes para a presente proposta, já que não podem gerar efeito jurídico, pelo menos no campo do Direito Civil. A onerosidade abrange não apenas a entrega de certa quantia em dinheiro, como é típica da loteria, mas também nas modalidades em que se promete a entrega de coisa diferente de

pecúnia, a exemplo de rifa autorizada. A prática de jogo e aposta gratuita pode ter efeito jurídico no campo penal e nos termos do Estatuto da Criança e Adolescente, mas não no Direito Privado.

1.1.2 Espécies de Jogo e Aposta e o Enquadramento da Loteria Estatal

Além das características já tecidas anteriormente, os Jogos e Apostas, enquanto contratos, podem se apresentar em espécies diferentes. Conforme leciona doutrina majoritária, os jogos e apostas se apresentam em três espécies: *proibidos*, *tolerados* e *autorizados* (SILVA PEREIRA, 2007), ou, sinonimamente, podem ser *ilícitos*, *lícitos* e *legais* ou *regulamentados*, respectivamente (VENOSA, 2007). Para efeito discursivo, no presente trabalho serão utilizadas as nomenclaturas postas pelo último doutrinador. De igual modo, importa esclarecer que, para melhor compreensão deste item, o vocábulo “jogo” será utilizado genericamente para englobar os contratos de “jogos” propriamente ditos, como os contratos de “apostas”. Isso porque, apesar da distinção doutrinária vista anteriormente, as regras aqui estudadas se aplicam a ambos, sem distinção.

Nesses parâmetros, Caio Mário da Silva Pereira (2007) leciona que os jogos ilícitos, (ou proibidos, como o prefere), são aqueles em que a sorte tem caráter predominante no resultado. São os chamados jogos de azar. O que é veementemente proibido, com fulcro na ordem econômica e social, é a exploração do jogo alheio com obtenção de lucro, como é a prática dos cassinos e jogo do bicho⁹, entre outros.

O tão polêmico “jogo do bicho” é, juridicamente, uma aposta pelo critério da participação. Neste, não há participação ativa das partes, que somente ficam aguardando, pela sorte ou azar, o resultado final. É jogo de azar e, nos termos do Decreto-Lei nº. 3.688/41 (art. 50), contravenção penal, portanto. Dadas as características da prática e o único intuito da obtenção de lucro e ausência de regulamentação legal, então, conclui-se pela ilicitude do mesmo.

⁹ Essa modalidade de aposta não será profundamente abordada neste estudo, pois fugiria de sua proposta, ficando, portanto, resguardada para oportunidade outra.

Em igual sorte incorre os jogos e apostas típicas de cassino: a roleta, o bacará, o sete e meio, caça-níqueis, jogo de dados etc., com intuito lucrativo. Além desses, pode-se destacar ainda a aposta sobre a corrida de cavalos fora dos hipódromos e a extração de loteria sem autorização do poder público. São todos alvos da Lei das Contravenções Penais.

E o pôquer, onde se localiza nessa discussão? Há algum tempo, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina vem admitindo o pôquer como jogo de mera habilidade, mas a questão pode ser controversa, uma vez que essa modalidade de jogo encontra-se como carro-chefe de cassinos. A modalidade do jogo de pôquer mais praticada no Brasil é a *Texas Hold'em*, cujos campeonatos são organizados pela Confederação Brasileira de *Texas Hold'em* (CBHT). Muitos torneios organizados pela referida Confederação não foram realizadas sob efeito de liminares, argumentando-se tratar de um jogo de azar (MENDONÇA, 2012).

Em 2010, por exemplo, não foi concedido alvará para realização de um campeonato de pôquer no Costão do Santinho Resort & Spa, em Florianópolis, o que levou os organizadores a impetrarem Mandado de Segurança na Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o qual concedeu a segurança, fundamentando, na pessoa do magistrado Sérgio Roberto Luz que “não há lei a seu respeito, como existe em relação às diversas loterias, ou seja, trata-se tão somente de um jogo não proibido. Por conseguinte, resta proibida a aposta ou o jogo a dinheiro. Frisa-se, proibida é a aposta, não o jogo” (RIO GRANDE DO SUL, MS n°. 70025424086, 2008)¹⁰.

¹⁰ MANDADO DE SEGURANÇA. REALIZAÇÃO DE TORNEIO DE PÔQUER. AUTORIDADE COATORA QUE SE NEGOU ACONCEDER AUTORIZAÇÃO, POR SE TRATAR DE JOGO DE AZAR. JOGO QUE DEPENDE PREPONDERANTEMENTE DAS HABILIDADES DO PARTICIPANTE E NÃO MERAMENTE DA SORTE. MODALIDADE QUE NÃO SE ENQUADRA NO PRECEITO DO ART. 50, § 3º, "A", DO DECRETO 3.688/41. CAMPEONATO, ADEMAIS, QUE VEDA APOSTA OU JOGO A DINHEIRO. JOGO NÃO PROIBIDO. LIMINAR CONFIRMADA. SEGURANÇA CONCEDIDA. "4.1 - O jogo de pôquer não é jogo de azar, pois não depende -exclusiva ou principalmente da sorte- (DL 3.688/41, art. 50, -a-), norma cujo rumo não pode ser invertido, como se dissesse que de azar é o jogo cujo ganho ou perda não depende exclusiva ou principalmente da habilidade. É o contrário. Diz que pode prevalecer é o fator sorte, e não que deve prevalecer o fator habilidade. 4.2 - No pôquer, o valor real ou fictício das cartas depende da habilidade do jogador, especialmente como observador do comportamento do adversário, às vezes bastante sofisticado, extraindo daí informações, que o leva a concluir se ele está, ou não, blefando. Não por acaso costuma-se dizer que o jogador de pôquer é um blefador. Por sua vez, esse adversário pode estar adotando certos padrões de comportamento, mas arditosamente, isto é, para também blefar. Por exemplo, estando bem, mostra-se inseguro, a fim de o adversário aumentar a aposta, ou, estando mal, mostra-se seguro, confiante, a fim de o adversário desistir. Em suma, é um jogo de matemática e de psicologia comportamental."

Para fundamentar sua decisão, o magistrado levou em consideração que o campeonato em questão não permite aposta em dinheiro, ou seja, para participar da competição o jogador paga uma determinada quantia e recebe um número de fichas, com valores fictícios, sendo vedada a aquisição de novas fichas ou apostas intervenientes e se baseou em um parecer emitido por Miguel Reale Junior, na qual sustenta a efetiva participação do jogador e não a mera álea:

este jogo [pôquer], com duas cartas fechadas e outras abertas aumenta ainda mais a capacidade de análise das combinações possíveis, dependendo em grande parte a vitória da habilidade do jogador em observar o comportamento dos outros, a capacidade de simulação, a frieza em indicar a ausência de cartas valiosas. Por outro lado, é essencial possuir-se conhecimento e a inteligência de efetuar com rapidez cálculos matemáticos a partir das cartas abertas com o número de cartas já distribuídas aos diversos jogadores (RIO GRANDE DO SUL, MS nº. 70025424086, 2008).

Os jogos lícitos, muito embora sejam tolerados, não são bem vistos Código Civil e sofrem limitações semelhantes aos ilícitos. Essa modalidade de jogo não depende exclusivamente da sorte, como na espécie anterior (jogos ilícitos), e não constitui contravenção penal (GONÇALVES, 2009), a exemplo do *bridge*, a canastra, o truco, xadrez, bilhar etc. Deve-se ressaltar, contudo, as disposições inseridas no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (BRASIL, 1990, art. 80) que veda a permanência de crianças ou adolescentes no estabelecimento comercial que explora tais atividades.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo manteve condenação administrativa imposta a comerciante que se enquadrava no art. 158 do ECA¹¹, alegando que o sinuca (jogo tolerado) é “atividade defesa a pessoas que não atingiram a maioridade, sendo que a simples existência de aviso proibindo o jogo de sinuca não é o bastante para afastar a infração porque a fiscalização é do responsável pelo estabelecimento” (ESPIRÍTO SANTO, AC nº. 31099000056, 2008)¹².

¹¹ “Deixar o responsável pelo estabelecimento ou o empresário de observar o que dispõe esta Lei sobre o acesso de criança ou adolescente aos locais de diversão, ou sobre sua participação no espetáculo: pena - multa de três a vinte salários de referência; em caso de reincidência, a autoridade judiciária poderá determinar o fechamento do estabelecimento por até quinze dias” (BRASIL, 1990).

¹² APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. REPRESENTAÇÃO. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. ART. 258 C/C ART. 80, ECA. PRESENÇA DE MENORES EM

Em síntese, pode-se dizer que o ordenamento jurídico brasileiro permite quaisquer tipos de jogos e apostas que não estejam inseridos como contravenções penais, ainda que tenham como propósito a aquisição de recursos financeiros (dinheiro) para determinado fim. Se excetua, nesse caso, a Loteria da União, consoante ficará demonstrado em capítulo oportuno¹³.

Os jogos e apostas regulamentados, por sua vez, é o que interessa à essência deste tópico, tendo em vista as conotações peculiares que refletem consequências no campo obrigacional¹⁴. São consideradas socialmente úteis e, como o próprio nome pressupõe, recebem a chancela do Estado para o exercício da atividade.

A autorização para a prática de determinados jogos permitidos ou autorizados pelo poder público justifica-se pelo benefício a quem os pratica, como competições esportivas; ou porque provocam a circulação da economia, como o turfe e o trote; ou pelo proveito que deles auferem o Estado a empregar obras sociais relevantes, tal qual ocorre com as Loterias Federais (PEREIRA, 2007) e este é o ponto em que se pretende chegar.

A Loteria do Estado, como *jogo de azar* que o é (sentido genérico e não contravençional), estaria tipificada como infração penal se não fosse pelo artigo 1º do Decreto-Lei nº. 204 de 27 de fevereiro de 1967 que excepcionou tal prática do rol das contravenções penais, dispondo que “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” (BRASIL, 1967). Ou seja, através do referido Decreto-Lei, a União pôs um manto

ESTABELECIMENTO COMERCIAL QUE EXPLORA JOGO DE SINUCA. MULTA. SUBSTITUIÇÃO. FUNDO MUNICIPAL. 1. Para que se configure a infração ao artigo 258 do ECA basta que reste demonstrada a entrada e permanência de crianças e/ou adolescentes no estabelecimento comercial que explora atividade defesa a pessoas que não atingiram a maioridade, sendo que a simples existência de aviso proibindo o jogo de sinuca não é o bastante para afastar a infração, porque a fiscalização é do responsável pelo estabelecimento. 2. Incontroverso nos autos que no estabelecimento comercial da parte interessada havia uma mesa de sinuca, em que as fichas eram cobradas e a parte não exigiu documentação que esclarecesse a idade dos adolescentes. Omissão do proprietário do estabelecimento. 3. Incidência do princípio da proteção integral, se considerarmos os adolescentes como pessoas em desenvolvimento. 4. A multa aplicada não tem caráter penal, e sim, administrativo, de forma que não há previsão para que esta seja modificada para pena restritiva de direito, tendo em conta que a multa é a única sanção prevista na lei. 5. *Os valores das multas administrativas aplicadas com fundamento na Lei n. 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente - devem ser destinados ao fundo gerido pelo Conselho dos Direito da Criança e do Adolescente do respectivo município* (STJ-2ª Turma, REsp 703.241/ES, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 29/10/2008). 6. Apelação a que se nega seguimento, nos moldes preconizados no artigo 557 do CPC.

¹³ Para melhor explanação do tema, vide capítulo 2.

¹⁴ Sobre a natureza obrigacional dos jogos e apostas regulamentados, bem como os lícitos e ilícitos, ver item 1.1.3.

(“derrogação excepcional das normas do Direito Penal”¹⁵) sobre as suas loterias, impedindo que a Lei de Contravenções Penais incidisse sobre o monopólio estatal de extração de apostas numéricas.

A bem da verdade, as loterias (em sentido genérico e não somente as federais) perdem o conteúdo ilícito somente quando são autorizadas e geram efetivamente a prestação exigível que será necessariamente dinheiro. Em se tratando de prêmio diverso de *pecúnia*, mercadoria ou bem em espécie, se denomina rifa. Quer dizer, a rifa, por exemplo, se distingue da loteria no que se refere ao prêmio a ser pago (enquanto que na loteria será sempre dinheiro, na rifa consistirá em um bem, diferente disso).

A rifa também depende de autorização e está subordinada a regras menos exigentes. Se for autorizada pelo Ministério da Fazenda, deverá submeter-se às prescrições legais, dentre as quais a emissão de bilhetes ao portador (tal como na loteria), extração de sorteio em data predeterminada e inadiável, a não ser por deliberação daquela autoridade.

Já o turfe, em todos os seus aspectos, é considerado jogo autorizado com finalidade de estimular a criação nacional de cavalos de raça, nos termos da Lei nº. 2.220, de 10 de julho de 1924; do Decreto nº. 24.646, de 10 de julho de 1934; do Decreto-Lei nº. 8.371, de 14 de dezembro de 1945; da Lei nº. 2.829, de 10 de julho de 1956; do Decreto nº. 41.561, de 22 de maio de 1957; e da Lei nº. 4.096, de 18 de julho de 1962. As competições esportivas são autorizadas e até estimuladas visando à eugenia da raça. Os ajustes celebrados pelos esportistas têm amparo legal e articulados para realização de partidas, exibições de atletas, celebrados individualmente, ou por empresários, ou pelas entidades respectivas guardam todas as linhas de contratos perfeitos (HEUSELER; LEITE, 2010).

Vale mencionar, ainda, que, ao contrario do que existia no Código Civil anterior, a norma atual, em seu art. 816, prevê que as regras dispostas para os contratos de jogo e aposta não devem ser aplicadas para os pactos que versam sobre títulos de bolsa, mercadorias ou valores, em que estipulem liquidação exclusivamente pela diferença entre o preço ajustado e a cotação que estes obtiverem no vencimento do ajuste (BRASIL, 2002). Há alguns tipos de sorteio (mesmo não regulamentados) que não são proibidos, a

¹⁵ É importante destacar que por “derrogação” entende-se a revogação parcial de uma norma. Em outras palavras, “atinge só uma parte da norma, que permanece em vigor no restante” (GONÇALVES, 2009, p. 42).

exemplo do resgate de ações ou debêntures, imóveis e artigos de comércio¹⁶, apólices da dívida pública ou de companhias de seguros e capitalização, brindes a título de propaganda comercial¹⁷, pois o objetivo essencialmente perseguido não é o jogo em si, mas dirimir uma situação de impasse.

Por fim, vale rememorar que as Loterias Federais administradas pela Caixa Econômica Federal estão inseridas na modalidade de jogos regulamentados ou autorizados. Estas, em razão do que disciplina a doutrina já citada até agora, não são classificadas como jogos de azar, ainda que em sua aparência se revista da álea. A ilicitude que macularia tais modalidades de jogos é afastada por força de lei, qual seja, o Decreto-Lei nº. 204 de 27 de fevereiro de 1967 (já ventilado anteriormente).

É sabido que muito se tem a falar a respeito da teoria dos jogos e apostas, previstos no Novo Código Civil. Porém, cumpre ser breve, sem maior profundidade, para se alcançar com a maior objetividade possível o cerne do presente estudo, a fim de não alongar em demasia os preceitos conceituais.

1.1.3 Natureza Obrigacional na Prática de Jogo e Aposta e a Exigibilidade no Âmbito da Loteria

Quando os jogos de dado, feito de osso de animal, começaram a ser praticados pelos os sumérios e assírios (PACKEL, 1981), não havia intenção de tratar da atividade como contrato (ou ato jurídico), mas como práticas recreativas ou competitivas. Registra-se, porém, que, mesmo não sendo encarado como dívida, o perdedor da aposta (jogo) cumpria com a sua palavra entregando a coisa posta em risco. Apostavam de tudo, até mesmo a liberdade, como demonstra essa passagem de Públio Cornélio Tácito:

eles praticam o jogo de dados, em que um irá, naturalmente, se maravilhar, sobriamente, e bastante, como se fosse um negócio sério, com ousadia em ganhar e perder em que, quando eles não têm nada mais a jogar, eles apostam a sua liberdade, e sua pessoa na última queda do dado. O perdedor

¹⁶ Para melhor elucidação, vide o Decreto-Lei nº. 7.930, de 03 de setembro de 1945.

¹⁷ Nesse sentido, os art. 41 a 44 do Decreto-Lei nº. 6.259, de 10 de fevereiro de 1944.

resigna-se voluntariamente à servidão, e mesmo se ele é mais jovem e mais forte do que seu adversário, ele se permite ser amarrado e vendido. Assim, grande é a sua firmeza em um caso tão ruim: eles mesmos chamam de "Manter a sua palavra" (BELL, 1979, p.125)

Não havia ilegalidade na prática do jogo, notoriamente de azar, mas também não se negava o pagamento do prêmio ao vencedor pelo perdedor. Não havia obrigatoriedade no pagamento, mas o jogador vencido o fazia apenas para “manter a sua palavra”. Era muito mais que uma “obrigação de pagar”, tratava-se de uma “dívida moral” que o jogador não abria mão de quitá-la. Não importava se o jogo era eminentemente de azar ou de habilidades, a aposta era levada a sério e os apostadores colocavam em risco até a sua liberdade.

Já no atual ordenamento jurídico pátrio, a natureza obrigacional das práticas de jogo e aposta está intrinsecamente ligada à sua espécie (se ilícito, lícito ou autorizado). É nesse contexto que o presente item discorrerá, encaixando, oportunamente, a situação da Loteria. Tal como as dívidas prescritas, a doutrina leciona que, em regra, as obrigações contraídas em jogo e aposta não são exigíveis (PEREIRA, 2007), perfazendo-se verdadeira *obrigação natural*, comportando exceções, entretanto, que serão estudadas à frente.

Mostra-se bastante incongruente atribuir, em regra, o caráter de obrigação natural às dívidas de jogo e aposta. Se por um lado estão inseridos no rol das espécies de contratos, por outro, no entanto, negam-lhes os efeitos de negócio jurídico¹⁸. Vale rememorar que, na égide do *Ius Romanum*, o jogo era uma prática proibida e não produzia qualquer consequência obrigacional, excepcionando-se aqueles cuja finalidade era o exercício atlético e a ginástica, a competição física. A aposta, porém, não gozava de proteção legal, especialmente no que dizia respeito às dívidas.

Já na atual regulamentação cível, os jogos *lícitos* e *ilícitos* recebem, praticamente, o mesmo tratamento quanto às consequências jurídicas no âmbito da obrigação. “A dívida natural refere-se aos jogos lícitos ou ilícitos, sem distinção” (VENOSA, 2007, p. 380).

¹⁸ No mesmo sentido caminham o Código Civil Francês (art. 1.964); o Código Civil Italiano (art. 1933); o Código Civil Uruguaio (art. 2.052), o art. 2.168 do BGB e o Código Civil Brasileiro art. (art. 814).

Imprescinde, portanto, analisar a exigibilidade de cada uma dessas modalidades de jogos e apostas lícitas, ilícitas e autorizadas, e suas respectivas conotações obrigacionais.

Como já foi anunciado de início, as dívidas de jogo e aposta não são exigíveis, ou seja, nos termos do art. 814 do Código Civil, "não obrigam a pagamento" (BRASIL, 2002). Diz a citada lei que, uma vez pagas, não há como recobrá-las, a menos que o credor tenha agido com dolo (ou má-fé) para fazer jus ao prêmio. Outra ressalva é se o solvente da obrigação for pessoa absoluta ou relativamente incapaz. Nestas hipóteses, poderão os perdedores invocarem a restituição do que recebeu o vencedor, consoante se extrai do mencionado dispositivo, *in verbis*: "as dívidas de jogo e aposta não obrigam a pagamento; mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdente é menor ou interdito" (BRASIL, 2002).

As dívidas de jogo e aposta, as chamadas obrigações naturais, portanto, não podem ser exigidas judicialmente, mas sendo paga não caberá repetição de indébito em casos tais¹⁹. Resumindo, pelo disposto no Código Civil, nas obrigações naturais originárias de jogo e aposta, excepcionalmente, caberá a pretensão repetitória em dois casos: a) se o jogo ou aposta for vencido através de dolo; b) se aquele que perdeu o jogo ou a aposta for menor ou interdito.

Não é lícito ao vencedor cobrar a dívida resultante do jogo e aposta mesmo que, repita-se, seja de modalidade lícita ou tolerada (GONÇALVES, 2009). No que tange a inexigibilidade das dívidas contraídas com jogo e aposta lícitos e ilícitos, destaque-se a lição de Caio Mario (2007, p. 484-485):

A razão essencial de que, em princípio, o jogo não cria obrigações exigíveis está na sua inutilidade social. Uns, proibidos, constituem contravenção penal, e, como atos ilícitos, são insuscetíveis de gerar direitos; outros tolerados, constam de meros passatempos ou diversões ou chegam a converter-se em vícios economicamente desastrosos, e são inábeis a legitimar a ação em juízo. Uns e outros não originam relações jurídicas, e se há crédito que entre si os jogadores reconheçam como dívida de honra, falta pretensão para a sua cobrança e o perdedor não pode ser compelido a pagar.

¹⁹ Não caberá a chamada pretensão *actio in rem verso*, como diriam os romanistas.

Ora, o doutrinador supracitado esclarece com precisão que o jogo, seja lícito ou ilícito, não gera qualquer obrigação civil e destaca a importância de inibir a prática anti-social dos jogos socialmente inúteis, vedando-lhe exigibilidade a fim de prevenir os vícios economicamente prejudiciais e socialmente degradantes.

Quanto aos jogos ilícitos (ou proibidos), Orlando Gomes (*apud* HEUSELER; LEITE, 2010) salienta que este contrato é nulo de pleno direito, uma vez que sua causa é ilícita. Discorda, porém, que dele resulte obrigação natural, porque o credor de dívida de jogo proibido não tem o direito de reter o que recebeu, exatamente porque o contrato é inválido desde a origem. É uma antinomia jurídica: pela mesma razão jurídica exposta por Orlando Gomes, o credor não pode reter o que recebeu e nem cobrar o que deveria ganhar.

Desse modo, em não sendo as dívidas de jogo e aposta exigíveis, restam infundados quaisquer meios empregados para encobrir ou garantir o débito, como a novação, o título de crédito, a cláusula penal etc., nos termos do artigo 814, parágrafo primeiro, do Código Civil (“estende-se esta disposição a qualquer contrato que encubra ou envolva reconhecimento, novação ou fiança de dívida de jogo”)²⁰.

Assim, mesmo que o perdedor de jogo ou aposta não legalizado contraia obrigação de pagar através de *nota promissória*, qualquer pretensão executiva estará obstaculizada pela inexigibilidade do débito originário. A nota promissória é título de crédito e tem como atributos a autonomia, a abstração, a literalidade e a executividade (COELHO, 2009). Todavia, o Tribunal de Justiça do Piauí decidiu que “todas essas características ficam suspensas, ante a relevante afirmação de que foi originada de dívida de jogo ou aposta [naturalmente não regulamentado], impedindo a sua exigibilidade e, conseqüentemente, a execução” (PIAUI, AC nº. 03.000322-9, 2010)²¹.

²⁰ Observe que a disposição legal retrocitada, impõe que a invalidade da dívida de jogo não pode ser oposta contra o terceiro de boa-fé, como o banco que paga cheque emitido pelo perdedor ao vencedor, por exemplo.

²¹ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA. EMBARGOS À EXECUÇÃO JULGADOS PROCEDENTES. AÇÃO DE EXECUÇÃO NULA. INOBSERVÂNCIA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS INSCULPIDOS NO ART. 618, DO CPC. NOTA PROMISSÓRIA. DÍVIDA DE JOGO. INEXIGIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. MANUTENÇÃO, IN TOTUM, DA SENTENÇA RECORRIDA. I- A nota promissória é título de crédito e tem como atributos a autonomia, a abstração e a literalidade, contudo, todas essas características ficam suspensas, ante a relevante afirmação de que foi originada de dívida de jogo ou aposta, impedindo a sua exigibilidade e, conseqüentemente, a execução. II- O título de crédito para ser executado deve ter sido originado de uma obrigação exigível e não de obrigação natural, vez que é inexigível, ou seja, falta-lhe a garantia jurídica por meio da qual o devedor pode ser compelido a cumprir ao que foi estipulado. III- E, no caso sub examem, a nota de crédito executada teve origem em uma dívida de aposta, que não obriga o seu pagamento, tendo em vista tratar-se de obrigação natural, que tem como características a inexigibilidade do cumprimento, a inexistência do dever de prestar e a inadmissibilidade de repetição em caso de pagamento voluntário. IV- Manutenção, in totum, da sentença recorrida. V- Jurisprudência dominante dos tribunais pátrios.

A regra legal tem sido aplicada de forma contundente pelos julgadores, declarando-se, inclusive, nulo de pleno direito o cheque emitido para pagamento de dívida de jogo, sendo inexigível, por óbvio, a sua cobrança em juízo, naturalmente por meio da execução de título extrajudicial ou ação monitória, a depender do caso (SÃO PAULO, AC nº. 9086424-14.2008.8.26.0000, 2012)²². Todavia, o STJ já se manifestou no sentido de que, “se o pagamento é realizado por meio de cheques sem provisão de fundos, admite-se o manejo de ação de locupletamento para cobrá-los, sem que se esbarre na proibição de cobrança de dívida de jogo” (BRASIL, REsp nº. 822.922, 2008)²³, além de serem cabíveis outras pretensões de ordem pública.

Conforme já foi dito, o ordenamento jurídico brasileiro não considera o jogo e a aposta como negócios jurídicos exigíveis, é bem verdade, mas o Supremo Tribunal Federal, em Carta Rogatória expedida pelos Estados Unidos, se pronunciou declarando que “no país em que ocorreram [a dívida de jogo], não se consubstanciam tais atividades em qualquer ilícito, representando, ao contrário, diversão pública propalada e legalmente permitida, donde se deduz que a obrigação foi contraída pelo acionado de forma lícita” (BRASIL, CR nº. 10415-EU, 2002)²⁴. No mesmo sentido se manifesta a Suprema Corte através da Carta Rogatória nº. 3.198-US (BRASIL, 2008)²⁵.

VI- Apelação Cível conhecida e improvida. VII- Decisão por votação unânime, em harmonia com o parecer do Ministério Público Superior.

²² AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUE PRESCRITO. DÍVIDA DE JOGO. Alegação de que o cheque cobrado seria para pagamento de dívida de jogo. Argumento não impugnado pelo Apelante, que também deixou de comparecer à audiência de instrução e julgamento. Fato incontroverso. Obrigação natural oriunda de dívida de jogo não permitido e/ou proibido. Vedação legal da sua cobrança em juízo. Exegese do art. 814, caput e § 2º, do Código Civil. Nulidade do cheque. Aplicação do art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal. Sentença mantida na íntegra. Recurso não provido.

²³ RECURSO ESPECIAL. DÍVIDA DE JOGO. PAGAMENTO. CHEQUES. AÇÃO DE LOCUPLETAMENTO. Dívidas de jogo ou de aposta constituem obrigações naturais. Embora sejam incabíveis, é lícito ao devedor pagá-las. Se o pagamento é realizado por meio de cheques sem provisão de fundos, admite-se o manejo de ação de locupletamento para cobrá-los, sem que se esbarre na proibição de cobrança de dívida de jogo.

²⁴ DÍVIDA DE JOGO - ATIVIDADE LÍCITA NA ORIGEM - AÇÃO -CONHECIMENTO - CARTA ROGATÓRIA - EXECUÇÃO DEFERIDA [...] DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. DÍVIDA DE JOGO CONTRAÍDA NO EXTERIOR. PAGAMENTO COM CHEQUE DE CONTA ENCERRADA. ART. 9º DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. ORDEM PÚBLICA. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO.1. O ordenamento jurídico brasileiro não considera o jogo e a aposta como negócios jurídicos exigíveis. Entretanto, no país em que ocorreram, não se consubstanciam tais atividades em qualquer ilícito, representando, ao contrário, diversão pública propalada e legalmente permitida, donde se deduz que a obrigação foi contraída pelo acionado de forma lícita.2. Dada a colisão de ordenamentos jurídicos no tocante à exigibilidade da dívida de jogo, aplicam-se as regras do Direito Internacional Privado para definir qual das ordens deve prevalecer. O art. 9º da LICC valorizou o locus celebrationis como elemento de conexão, pois define que, "para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem."3. A própria Lei de Introdução ao Código Civil limita a interferência do Direito alienígena, quando houver afronta à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes. A ordem pública, para o direito internacional privado, é a base social, política e jurídica de

De igual modo, embasado na Lei de Introdução ao Código Civil, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal reconheceu o direito do vencedor de jogo realizado no exterior ao recebimento do crédito, alegando que “referendar o enriquecimento ilícito perpetrado pelo embargante representaria afronta muito mais significativa à ordem pública do ordenamento pátrio do que admitir a cobrança da dívida de jogo”, em que pese a antinomia na interpenetração dos sistemas jurídicos brasileiro e internacional, causada por uma pretensão de cobrança de dívida, em princípio, inexigível na legislação pátria (DISTRITO FEDERAL, EIC nº. 4492197, 1999)²⁶.

Outra peculiaridade pertinente é o mútuo. O empréstimo contraído no ato do jogo ou aposta para saldar as dívidas dessa natureza é inexigível²⁷, conforme dispõe o art. 815

um Estado, considerada imprescindível para a sua sobrevivência, que pode excluir a aplicação do direito estrangeiro.4. Considerando a antinomia na interpenetração dos dois sistemas jurídicos, ao passo que se caracterizou uma pretensão de cobrança de dívida inexigível em nosso ordenamento, tem-se que houve enriquecimento sem causa por parte do embargante, que abusou da boa fé da embargada, situação essa repudiada pelo nosso ordenamento, vez que atentatória à ordem pública, no sentido que lhe dá o Direito Internacional Privado.5. Destarte, referendar o enriquecimento ilícito perpetrado pelo embargante representaria afronta muito mais significativa à ordem pública do ordenamento pátrio do que admitir a cobrança da dívida de jogo.6. Recurso improvido.No mesmo sentido, ante o artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, decidiu o Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo - apelações nºs 577.331 e 570.426 -precedentes citados pelo Requerente e noticiados no voto do relator.Portanto, acolho o pedido de homologação formalizado.3. Pelas razões acima, defiro a execução desta carta rogatória, a ser remetida à Justiça Federal de Minas Gerais, para a ciência pretendida.4. Publique-se.Brasília, 11 de dezembro de 2002.Ministro MARÇO AURÉLIO Presidente.

²⁵ CARTA ROGATÓRIA - CITAÇÃO - AÇÃO DE COBRANÇA DE DÍVIDA DE JOGO CONTRAÍDA NO EXTERIOR - EXEQUATUR - POSSIBILIDADE.- Não ofende a soberania do Brasil ou a ordem pública conceder *exequatur* para citar alguém a se defender contra cobrança de dívida de jogo contraída e exigida em Estado estrangeiro, onde tais pretensões são lícitas.

²⁶ DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. DÍVIDA DE JOGO CONTRAÍDA NO EXTERIOR. PAGAMENTO COM CHEQUE DE CONTA ENCERRADA. ART. 9º DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. ORDEM PÚBLICA. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. 1. O ordenamento jurídico brasileiro não considera o jogo e a aposta como negócios jurídicos exigíveis. entretanto, no país em que ocorreram, não se consubstanciam tais atividades em qualquer ilícito, representando, ao contrário, diversão pública propalada e legalmente permitida, donde se deduz que a obrigação foi contraída pelo acionado de forma lícita.2. Dada a colisão de ordenamentos jurídicos no tocante à exigibilidade da dívida de jogo, aplicam-se as regras do direito internacional privado para definir qual das ordens deve prevalecer. o art. 9º da LICC valorizou o *locus celebrationis* como elemento de conexão, pois define que, "para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem." 3. A própria lei de introdução ao código civil limita a interferência do direito alienígena, quando houver afronta à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes. a ordem pública, para o direito internacional privado, é a base social, política e jurídica de um estado, considerada imprescindível para a sua sobrevivência, que pode excluir a aplicação do direito estrangeiro. 4. Considerando a antinomia na interpenetração dos dois sistemas jurídicos, ao passo que se caracterizou uma pretensão de cobrança de dívida inexigível em nosso ordenamento, tem-se que houve enriquecimento sem causa por parte do embargante, que abusou da boa fé da embargada, situação essa repudiada pelo nosso ordenamento, vez que atentatória à ordem pública, no sentido que lhe dá o direito internacional privado. 5. Destarte, referendar o enriquecimento ilícito perpetrado pelo embargante representaria afronta muito mais significativa à ordem pública do ordenamento pátrio do que admitir a cobrança da dívida de jogo. 6. Recurso improvido. 9º licc - lei de introdução ao código civil.

²⁷ O ordenamento jurídico brasileiro, embora não proíba absolutamente a prática de jogos e apostas, faz o possível e o necessário para dificultar tais práticas, inclusive declarando inexigíveis os empréstimos realizados

do Código Civil: “não se pode exigir reembolso do que se emprestou para jogo ou aposta, no ato de apostar ou jogar.” (BRASIL, 2002). Todavia, importa esclarecer que o empréstimo tomado fora do ambiente do jogo será válido e exigível, ainda que tenha como objetivo a quitação da dívida advinda do jogo ou aposta ilícitos e tolerados. A lei é clara ao delimitar o empréstimo tomado “no ato de apostar ou jogar”.

Mas, se o jogo ou a aposta for regulamentado, o mútuo contraído para tal fim, mesmo no ato de jogar ou apostar, constitui título de crédito extrajudicial, inclusive se for tomado no próprio balcão de apostas, sendo-lhe exigível o débito em juízo (BRASIL, REsp nº. 1.070.316, 2010)²⁸.

Quanto à *rifa* (contrato de aposta), a sua (in) exigibilidade pode decorrer de duas situações distintas: 1) se a rifa não for autorizada, cria apenas uma obrigação natural de ser entregue, ao sorteado, o prêmio prometido, sem que ao mesmo caiba, em consequência, o direito de exigir judicialmente; 2) em sendo autorizada, a rifa gera obrigação exigível (judicialmente) contra quem organizou o sorteio.

E foi no sentido da primeira hipótese supra que o STF, na pessoa do Ministro Presidente (à época) Luiz Gallotti, negou o pedido de um vencedor de rifa de exigir o cumprimento da “obrigação” contraída pela organizadora da aposta, aduzindo que “quem participa de rifa ilícita, porque não legalmente autorizada, já deve saber que, sendo

para que a pessoa possa jogar. Eis mais uma incongruência: tolera-se a aposta, mas não o empréstimo para tal fim.

²⁸ RECURSO ESPECIAL - DÍVIDAS DE JOGO - CONTRATO DE EMPRÉSTIMO FIRMADO ENTRE APOSTADOR E BANCA (JOCKEY CLUB DE SÃO PAULO) - FORMAÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL - NULIDADE DA EXECUÇÃO - NÃO-OCORRÊNCIA - APOSTAS EM CORRIDAS DE CAVALO - MODALIDADE DE JOGO LÍCITO, REGULADO POR LEIS ESPECÍFICAS - INAPLICABILIDADE, NA ESPÉCIE, DAS DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO CIVIL - APOSTAS EM CAVALOS REALIZADAS POR MEIO DE CONTATO TELEFÔNICO ENTRE APOSTADOR E BANCA DE APOSTAS - NÃO VEDAÇÃO DE TAL CONDUTA PELOS DIPLOMAS LEGAIS QUE REGULAM ESSA MODALIDADE DE JOGO - VALIDADE DA EXECUÇÃO - PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE - AFERIÇÃO, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, DA REGULARIDADE NO PROCEDIMENTO DAS APOSTAS - REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - INVIABILIDADE DESTA INSTÂNCIA RECURSAL - ÓBICE DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. I - A aposta em corrida de cavalos é atividade expressamente regulamentada pela Lei n. 7.291/84 e pelo Decreto n. 96.993/88, não incidindo, pois, as vedações contidas no Código Civil a esse tipo de jogo; II - Embora os referidos diplomas legais prevejam a realização de apostas em dinheiro e nas dependências do hipódromo, em nenhum momento eles proíbem a realização delas por telefone e mediante o empréstimo de dinheiro da banca exploradora ao apostador; III - Entender pela abusividade de tal prática levaria ao enriquecimento ilícito do apostador e feriria ao princípio da autonomia da vontade, que permeia as relações de Direito Privado, onde, ao contrário do Direito Público, é possível fazer tudo aquilo que a lei não proíbe; IV - In casu, as instâncias ordinárias manifestaram-se no sentido da regularidade do procedimento das apostas promovidas pelo recorrente, sendo que o revolvimento de tais premissas implicaria o reexame do conjunto fático-probatório, o que é inviável na presente via recursal, em face do óbice do Enunciado n. 7 da Súmula/STJ; V - Recurso especial improvido (fl. 310).

contemplado, se não houver pagamento voluntário, não terá meio de, em juízo, compelir o devedor a efetuar-lo”, pois “a obrigação para com ele contraída é uma das chamadas obrigações naturais, a que apenas corresponde a um dever moral e cujo cumprimento não pode ser exigido judicialmente” (BRASIL, RE nº. 65.798, 1969)²⁹. Com efeito, “o ganhador de prêmio resultante de rifa não autorizada não tem direito a exigir a entrega do objeto”, pois “o pedido é juridicamente impossível” (DISTRITO FEDERAL, AC nº. 5836, 1979)³⁰.

Deveras, como se observa do art. 814 do Diploma Civil, aplica-se de forma genérica o caráter de obrigação natural ao contrato de jogo e aposta não regulados. Todavia, o parágrafo 2º do referido dispositivo, além de reforçar que ao jogo lícito também se incide a regra, traz uma exceção que é de fundamental importância para a elucidação deste trabalho, por quanto assim dispõe: “o preceito contido neste artigo tem aplicação, ainda que se trate de jogo não proibido, só se excetuando os jogos e aposta legalmente permitidos”. (BRASIL, 2002). Assim, “as obrigações geradas pelos jogos ou apostas legalizadas ou regulamentadas são obrigações civis, com débito e responsabilidade e, portanto, exigíveis” (VENOSA, 2007, p. 380), sobre as quais se passa a dissertar.

Se o jogo ou aposta é regulamentado ou autorizado, com a observância de todas as exigências legais previstas, a sua prática dará nascimento a negócio jurídico e quem ganha terá pretensão para receber o crédito, pois seus efeitos são legalmente previstos e revestido estará de todas as características de obrigação exigível (PEREIRA, 2007)³¹.

As loterias exploradas pela União, em colaboração da Caixa Econômica Federal, são apostas autorizadas ou regulamentadas. Não há ilicitude, porquanto o Decreto-Lei nº. 204 de 1967 lhe pôs um manto, impossibilitando a incidência de ilicitude sobre a mesma,

²⁹ Rifa não autorizada. Tratando-se de atividade ilícita, a que aderiu o autor, a obrigação para com ele contraída é uma das chamadas obrigações naturais, a que apenas corresponde a um dever moral e cujo cumprimento não pode ser exigido judicialmente, embora, quando voluntariamente cumpridas, não se possa pleitear a restituição do que foi pago (Código Civil, arts. 970 e 1477). Ninguém se pode excusar alegando que não conhece a lei (art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil). A rigidez desse dispositivo tem sido atenuada pela doutrina e pela jurisprudência, quando se trata de matéria contratual, Semp que interfira no preceito proibitivo de ordem pública. Mas aqui, precisamente, há que obedecer a um tal preceito. Recurso Extraordinário conhecido mas não provido.

³⁰ CARÊNCIA DE AÇÃO. O GANHADOR DE PRÊMIO, RESULTANTE DE RIFA NÃO AUTORIZADA, NÃO TEM DIREITO A EXIGIR A ENTREGA DO OBJETO. O PEDIDO É JURIDICAMENTE IMPOSSÍVEL. ILÍCITO PENAL. CARACTERIZADA EM TESE INFRAÇÃO PENAL.

³¹ Vale ressaltar também que os prêmios oferecidos ou prometidos ao vencedor em competição de natureza esportiva, intelectual ou artística obrigam a pagamento, descaracterizando-se como jogo e aposta para tornar-se concurso. Exigíveis, portanto.

além de regulamentar a sua atividade. Seus efeitos estão legalmente previstos e, com o bilhete/título ao portador³², o vencedor poderá exigir o prêmio, na forma da lei. Diferentemente das obrigações naturais decorrentes de jogo e aposta lícitos e ilícitos, o não pagamento ao legítimo vencedor enseja responsabilidade pelo seu não pagamento³³. Alguns julgados citados no decorrer da pesquisa demonstrará a exigibilidade, em juízo, dos prêmios oriundos de apostas da Loteria explorada regularmente.

Ademais, acredita-se que a Loteria explorada pela União está absolutamente revestida de fins aproveitáveis à coletividade à medida que o Estado auferir renda para subsidiar os programas sociais de diversos seguimentos.

Por fim, é importante constar que a aquisição de ações (ou equivalente) com quitação em bolsa, em que se constata, na liquidação, diferença entre o preço ajustado e a cotação no vencimento do ajuste, o que determina lucro ou prejuízo ao agente, apesar de depender de sua sorte (elemento aleatório), não pode ser considerado jogo ou aposta. São negócios especulativos lícitos e constituem, portanto, obrigação civil plenamente exigível. Carregam a denominação de Contratos Diferenciais, os quais não são objetos do presente estudo e por isso ficarão para ser estudados em outra oportunidade.

1.2 JOGOS E APOSTAS ON LINE NO BRASIL: LEGISLAR PARA PROIBIR OU PARA CONTROLAR?

Conforme visto anteriormente³⁴, a legislação brasileira, em regra, coíbe o jogo de azar, dando enfoque à proibição através do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais), a qual estabelece, no caput do art. 50, que estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público é contravenção penal (BRASIL, 1941). O parágrafo 3º, alínea a, do referido artigo, por sua vez, define como

³² Ver item 2.3.

³³ Sobre a responsabilidade civil pelo não pagamento de um bilhete premiado, no âmbito das loterias federais, o capítulo quatro se dedicará inteiramente a tal discussão.

³⁴ Ver item 1.1.2.

jogo de azar aquele em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte³⁵.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê algumas exceções às regras vigentes, a exemplo das loterias (objeto deste estudo), rifas, bingos etc., conforme já explanado outrora. Todavia, não existe nenhum texto legal expresso que disponha sobre a hipótese da exploração do jogo de azar *on line*.

Na esfera penal, o Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 fala apenas de “lugar público ou acessível ao público”, mediante o pagamento ou não de “entrada”. Ou seja, o tipo penal não abre espaço para uma analogia que possa se chamar de legítima, dado que, em direito penal, se o próprio tipo não abre espaço para a interpretação analógica, não cabe ao intérprete fazê-lo em prejuízo do réu (ALVES FILHO, *in* SENADO FEDERAL, 2009).

Com base nessa situação de fato, o Senado Federal da República Federativa do Brasil editou o projeto de lei nº. 255/2009³⁶, autoria do Senador Garibaldi Alves Filho,³⁷ inspirada em lei recentemente aprovada nos Estados Unidos da América (Bill 4411), a qual adotou uma estratégia bastante curiosa. Sendo certo que punir os criminosos cibernéticos é uma tarefa praticamente impossível, em termos transnacionais, e localizar os responsáveis por sítios eletrônicos com origem em outros países que disponibilizam o jogo de azar *on line* para seus nacionais é uma missão árdua, resolveu-se, portanto, punir quem permite que esses sítios sejam disponibilizados para acesso a partir do seu território nacional. Ou seja, o alvo da lei é o provedor de acesso da internet.

Na opinião do Senador Garibaldi Alves Filho (*in* SENADO FEDERAL, 2009), a lei norte-americana e o projeto de lei de sua autoria se dirigem, principalmente, aos provedores de internet, às administradoras de cartão de crédito e aos bancos³⁸. Nos moldes do mencionado projeto, o provedor de internet não deve permitir o acesso a esses sítios, na linha do combate que hoje é feito aos sites de pornografia infantil e adolescente. De

³⁵ Esses aspectos serão abordados com mais detalhes no item 1.3.2.

³⁶ Atualmente, a tramitação do projeto de lei está parada desde 16/03/2011, quando foi para a Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática, sob os cuidados da relatoria do Senador Flexa Ribeiro.

³⁷ O Senado Brasileiro colocou, inclusive, uma enquete (Sondagem) sobre as apostas online no Brasil em sua *home Page*, disponível no endereço virtual: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=91624 (SENADO FEDERAL, 2009).

³⁸ Pois, sendo as apostas *on line*, os pagamentos são realizados de forma eletrônica, via cartão de crédito – viabilizado pelo banco

igual modo, as administradoras de cartão de créditos e os bancos não devem permitir que se façam pagamentos nesses sítios eletrônicos.

De fato, há outros meios eletrônicos em que o jogo de azar pode ser explorado, como televisão digital, telefone celular etc. Por isso, o projeto de lei de autoria do Senado Federal também procura abranger essas possibilidades, bem como outros responsáveis penais.³⁹ Nos Estados Unidos, a criação da mencionada lei já tem produzido os resultados esperados, a exemplo do famoso site de apostas *Bwin* que foi removido dos provedores de internet norte americanos⁴⁰.

A autoria do projeto de lei em comento julga que a ideia é uma grande contribuição para o aperfeiçoamento da legislação penal brasileira (defasada, diga-se de passagem) e para o combate ao jogo no Brasil. Mas a questão que se ergue nessa oportunidade é: o Brasil deve legislar para proibir ou legislar para controlar jogos e apostas *on line*? Indubitavelmente, esta não é uma questão meramente jurídica. Nesse particular, o Direito tem que dialogar com a ciência econômica, com a tecnologia e a com a sociedade.

Em 2008 senador Francisco Dornelles insurgiu-se contra a Caixa Econômica Federal por ter entrado na Justiça com ação para obstar o *Simulcasting*⁴¹. Para o referido parlamentar, o “Simulcasting não é um jogo de azar e o seu fechamento deverá trazer prejuízo não só à atividade do turfe, mas também à da criação de equídeos” (SENADO FEDERAL, 2008)⁴².

Deve-se levar em consideração, ainda, que a Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei 3.688/41) considera jogos de azar a prática em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte⁴³, tais como as apostas sobre corrida de

³⁹ Operadores de telefonia móvel e concessionárias de televisão, por exemplo.

⁴⁰ Todavia, o mesmo site encontra-se livremente acessível no Brasil, através de uma hospedagem em Portugal. Veja o link: <https://www.bwin.com/pt/default.aspx>. Todavia, essa *home page* de apostas *on line* levou o Estado português se manifestar expressamente sobre o assunto, através do Despacho nº. 13722/2010, conforme se verá adiante.

⁴¹ Trata-se de um sistema de transmissão decorridas de cavalos com recolhimento simultâneo de apostas. Seria uma espécie de “turfe *on line*”.

⁴² O senador Dornelles argumentou também que é cristalina a separação do turfe dos jogos de azar, já que 90% das chances do apostador são determinadas pelo retrospecto do animal, sua filiação, sua estrutura física, as condições da pista, as habilidades do treinador e do jóquei. Apenas 10% das possibilidades poderiam ser creditados ao acaso.

⁴³ O senador Dornelles argumentou também que é cristalina a separação do turfe dos jogos de azar, já que 90% das chances do apostador são determinadas pelo retrospecto do animal, sua filiação, sua estrutura física, as condições da pista, as habilidades do treinador e do jóquei. Apenas 10% das possibilidades poderiam ser creditados ao acaso.

cavalos fora de hipódromo ou de local onde sejam autorizadas e as apostas sobre qualquer outra competição esportiva (que não o turfe⁴⁴).

De fato, a Lei nº 7.291/84 autoriza a realização de corridas de cavalos com a exploração de apostas, além de autorizar as entidades do turfe a manterem agências e agentes, credenciados por meio de convênios, com entidades congêneres sediadas em outros estados e ou municípios. Deveras, o *Simulcasting* funciona no Brasil há mais de 20 anos, apoiado nesse arcabouço legal.

Francisco Dornelles ressalta que tanto o turfe quanto a equideocultura forma uma importante atividade econômica no Brasil. Estima-se que as corridas de cavalo, por exemplo, sejam responsáveis pela geração de cem mil empregos ocupados por diversos profissionais, tais como veterinários, agrônomos, zootécnicos, ferreiros, cavalaria, domadores, jôqueis e coletores de apostas, além de inúmeros fornecedores de ração, entre outros. Para o retrocitado parlamentar, a proibição do *Simulcasting* teria repercussões econômicas com o corte de empregos e a diminuição da renda (SENADO FEDERAL, 2008).

É como se o jogo fosse uma indústria. Aliás, é isso que a Associação Brasileira das Loterias Estaduais – ABLE defende. Para Sérgio Ricardo de Almeida (ABLE, 2008), presidente da LOTERJ (Loterias do Estado do Rio de Janeiro), o jogo é “a indústria do século XXI” e que “a falta de uma legislação clara em relação ao jogo no Brasil tem ocasionado uma série de problemas, entre outros, exploração ilegal de jogos, corrupção e constrangimento a apostadores”. Acredita que o “silêncio” do Estado para a regulamentação dos jogos é “foco errado”, tendo em vista que a atividade constitui uma “importante indústria de entretenimento”. Para alicerçar seu argumento, menciona que os jogos movimentam no mundo, por ano, em valores de apostas, uma média de 200 bilhões de dólares e, no Brasil, 16 bilhões de reais. Isto é, em jogos não virtuais.

Em Portugal, por exemplo, embora haja a concessão de jogos e apostas, mediante a fixação de certo prazo, não existe previsão legal para a possibilidade de outorga para exploração do referido “mercado” através da Internet, o que faz do jogo *on line* uma atividade proibida. O Estado português editou o Despacho⁴⁵ nº 13722/2010⁴⁶,

⁴⁴ Ainda se excetua a Timemania, outra modalidade de Loteria administrada pela Caixa Econômica Federal.

⁴⁵ Ato equivalente ao Decreto, no ordenamento jurídico brasileiro.

⁴⁶ Veja o decreto português na íntegra: PRESIDÊNCIA DO CONSELHO DE MINISTROS E MINISTÉRIOS DAS FINANÇAS E DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, DA ECONOMIA, DA INOVAÇÃO E DO

manifestando-se sobre o site de apostas *on line*, o *Bwin*, aduzindo, em síntese, que a ilegalidade desta modalidade de jogo e aposta está intrinsecamente associada a sonegações fiscais, concorrência desleal e controle da idade dos jogadores, além de contemplar outras questões éticas.

DESENVOLVIMENTO E DO TRABALHO E DA SOLIDARIEDADE SOCIAL. Despacho n.º 13722/2010 A actividade do jogo tem despertado na União Europeia e nos Estados membros um interesse crescente, sobretudo no que se refere ao jogo online, assistindo -se, neste momento, a um debate sobre a sua regulamentação. Em Portugal esse debate intensificou -se com a decisão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), no processo de infracção que opunha a Santa Casa da Misericórdia de Lisboa à empresa de apostas online BWIN e à Liga Portuguesa de Futebol, que considerou justificada, por ter por objectivo o combate à fraude e à criminalidade, a proibição de oferta de serviços de jogo a dinheiro na Internet pelos Estados membros. De todo o modo, ao nível comunitário não há, por enquanto, qualquer orientação vinculativa nesta matéria e na ordem jurídica interna portuguesa o direito de explorar jogos de fortuna ou de azar encontra -se vedado aos particulares e demais pessoas colectivas, públicas ou privadas, vigorando, conseqüentemente, o princípio da proibição. O direito em questão encontra -se reservado ao Estado, que pode concessioná -lo, mediante contrato administrativo, or um dado período de tempo e numa determinada área, a entidades privadas, ou pode autorizá -los casuisticamente, nos casos de exploração de jogos e modalidades afins dos jogos de fortuna e azar. Não se encontra prevista a possibilidade de autorização de exercício da actividade através da Internet, o que faz do jogo online uma actividade proibida. A ilegalidade desta modalidade de jogo está directamente associada a problemas de fuga de contribuições fiscais e de concorrência desleal, colocando ainda questões éticas, desde logo relacionadas com o controlo da idade dos jogadores. Nestes termos, e ao abrigo das disposições conjugadas dos n.os 8 e 9 do artigo 28.º da Lei n.º 4/2004, de 15 de Janeiro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 51/2005, de 30 de Agosto, e pela Lei n.º 64 -A/2008, de 31 de Dezembro, determina -se o seguinte: 1 — É criado, na dependência do Ministro da Economia, da Inovação e do Desenvolvimento, um grupo de trabalho incumbido de avaliar o quadro legal e a prática de jogo através da Internet, doravante denominado grupo de trabalho. 2 — O grupo de trabalho é composto por: a) Um coordenador, indicado pelo Ministro da Economia, da Inovação e do Desenvolvimento;

b) Um representante da Presidência do Conselho de Ministros; c) Um representante do Ministério das Finanças e da Administração Pública; d) Um representante do Ministério da Economia, da Inovação e do Desenvolvimento; e) Um representante do Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social. 3 — Para a prossecução dos seus objectivos, compete ao grupo de trabalho, entre outras: a) Analisar o actual modelo do mercado de jogos em Portugal e na União Europeia, no que respeita ao jogo online; b) Analisar o jogo online no quadro da política nacional de jogo; c) Propor medidas quanto ao jogo online; d) Propor a definição do objectivo e do conteúdo dos instrumentos legislativos necessários à execução das medidas propostas; e) Caracterizar os instrumentos necessários à monitorização e ao controlo da execução das medidas propostas; f) Identificar as organizações e as entidades que deverão ser ouvidas quanto às medidas propostas. 4 — O grupo de trabalho tem um mandato de três meses, prorrogável pelo Ministro da Economia, da Inovação e do Desenvolvimento, mediante pedido justificado do respectivo coordenador, extinguindo -se com a conclusão dos trabalhos. 5 — A primeira reunião do grupo de trabalho deve ocorrer, por iniciativa do seu coordenador, no prazo máximo de 10 dias a contar da data da publicação do presente despacho, devendo os ministros competentes proceder à nomeação dos respectivos representantes, nesse mesmo prazo. 6 — O resultado dos trabalhos do grupo de trabalho será consubstanciado num relatório final, que conterà o diagnóstico da situação e as propostas de intervenção legislativa tidas por adequadas, bem como a avaliação das principais implicações económicas, sociais e financeiras das medidas propostas. 7 — Ao coordenador do grupo de trabalho compete, em especial: a) Coordenar e acompanhar o desenvolvimento dos trabalhos; b) Representar institucionalmente o grupo de trabalho; c) Definir as prioridades dos trabalhos a realizar, tendo em consideração os objectivos estabelecidos e a calendarização dos mesmos; d) Praticar todos os actos necessários à prossecução dos objectivos do grupo de trabalho; e) Propor a participação de outros especialistas nos trabalhos do grupo. 8 — O apoio logístico de instalação e funcionamento do grupo de trabalho é assegurado pelo Ministério da Economia da Inovação e do Desenvolvimento. 9 — A participação no grupo de trabalho não confere direito a qualquer remuneração. 18 de Agosto de 2010. — O Ministro de Estado e das Finanças, Fernando Teixeira dos Santos. — O Ministro da Presidência, Manuel Pedro Cunha da Silva Pereira. — O Ministro da Economia, da Inovação e do Desenvolvimento, José António Fonseca Vieira da Silva. — A Ministra do Trabalho e da Solidariedade Social, Maria Helena dos Santos André (PORTUGAL, DESPACHO N.º 13722, 2010).

Argumenta-se que a atividade do jogo vem despertando um interesse crescente na União Europeia e nos Estados membros, sobretudo no que se refere ao jogo praticado pela internet (jogo online), impescindindo-se, neste momento, um debate sobre a sua regulamentação. Em Portugal esse debate intensificou-se com a decisão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), no processo de infração que opunha a Santa Casa da Misericórdia de Lisboa à empresa de apostas online *BWIN* e à Liga Portuguesa de Futebol, que considerou justificada, por ter por objetivo o combate à fraude e à criminalidade, a proibição de oferta de serviços de jogo a dinheiro na Internet pelos Estados membros.

Desse todo o modo, ao nível comunitário europeu não há, por enquanto, qualquer orientação vinculativa nesta matéria. Na ordem jurídica interna portuguesa, o direito de explorar jogos de fortuna ou de azar encontra-se vedado aos particulares e demais pessoas coletivas, públicas ou privadas, vigorando, por ora, consequentemente, o princípio da proibição.

Tal como no Brasil, o direito em questão encontra-se reservado ao Estado. Todavia, diferente da legislação brasileira, em Portugal é possível concessioná-lo, mediante contrato administrativo, por um dado período de tempo e numa determinada área, a entidades privadas, ou pode autorizá-los casuisticamente, nos casos de exploração de jogos e modalidades afins. Contudo, nem no Brasil, nem em Portugal não se encontra prevista a possibilidade de autorização de exercício da atividade através da Internet, o que faz do jogo online uma atividade proibida em ambas as nações.

Considerando estas indagações, o Estado português, com fulcro em sua legislação interna (Lei n.º 4/2004, de 15 de Janeiro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 51/2005, de 30 de Agosto, e pela Lei n.º 64 -A/2008, de 31 de Dezembro), resolveu criar, na dependência do Ministro da Economia, da Inovação e do Desenvolvimento, um grupo de trabalho incumbido de avaliar o quadro legal e a prática de jogo através da Internet.

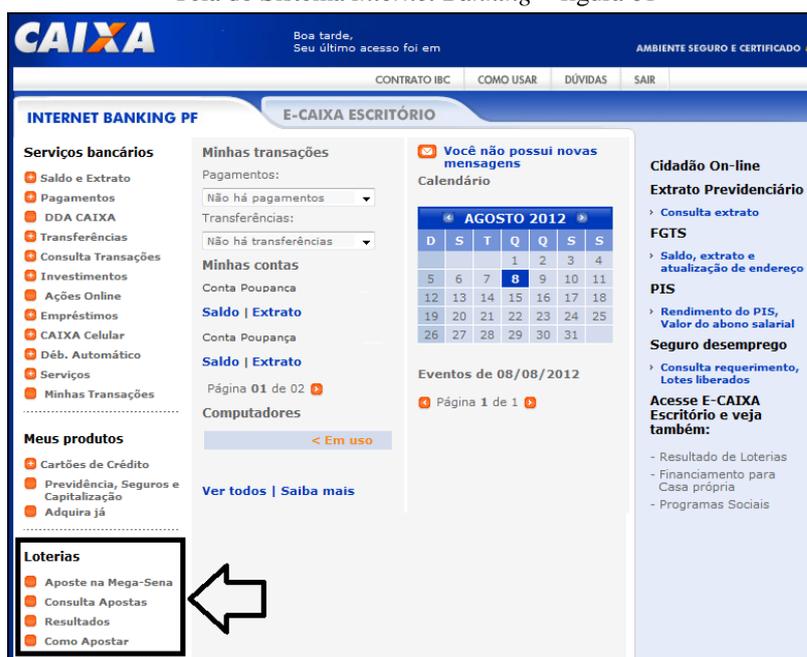
O grupo de trabalho, que é composto por um coordenador, indicado pelo Ministro da Economia, da Inovação e do Desenvolvimento; um representante da Presidência do Conselho de Ministros; um representante do Ministério das Finanças e da Administração Pública; um representante do Ministério da Economia, da Inovação e do Desenvolvimento; um representante do Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social, tem como objetivo, *in ipssis litteris*:

- a) Analisar o actual modelo do mercado de jogos em Portugal e na União Europeia, no que respeita ao jogo online;
- b) Analisar o jogo online no quadro da política nacional de jogo;
- c) Propor medidas quanto ao jogo online;
- d) Propor a definição do objectivo e do conteúdo dos instrumentos legislativos necessários à execução das medidas propostas;
- e) Caracterizar os instrumentos necessários à monitorização e ao controlo da execução das medidas propostas;
- f) Identificar as organizações e as entidades que deverão ser ouvidas quanto às medidas propostas (PORTUGAL, DESPACHO N.º. 13722, 2010).

Além de todas as questões econômicas, fiscais, operacionais e éticas, a mais preocupante é, sem dúvida, quanto ao controle de idade de quem faz as apostas.

Quando um apostador se dirige às casas lotéricas no Brasil, por exemplo, o atendente verifica a sua aparência a fim de constatar a maioridade. Em caso de dúvida, um documento de identificação é exigido, antes de finalizar o pedido de aposta. É, sem dúvida, um mecanismo simples e eficiente de se evitar que crianças e adolescentes, ainda em fase de desenvolvimento mental e social, se enveredem pelos vícios dos jogos.

Aderindo à informatização dos procedimentos, a Caixa Econômica Federal já disponibiliza, através do auto-atendimento *on line*, uma opção para o poupador ou correntista realizar aposta na Mega-Sena pelo sistema *Internet Banking*. Como não foi encontrado nenhum documento, cartilha, carta proposta ou qualquer tipo de oferta ou publicidade da CEF falando sobre a aposta *on line*, fez-se necessário demonstrar através de imagem (fonte documental primária), conforme exhibe a tela do sistema a seguir (figura 01):

Tela do Sistema *Internet Banking* – figura 01CEF, 2012 – Destaque na figura mostra a opção para apostar *on line*.

E não é só a Caixa Econômica Federal que está investindo nesse negócio. Recentemente o *Facebook* (uma das maiores redes sociais do momento) disponibilizou entre os seus aplicativos um jogo de bingo virtual (*Bingo & Slots Friendzy*) que se utilizará de dinheiro real (verdadeiro). Anteriormente já existiam games de aposta que faziam uso de moedas virtuais e que depois podiam ser trocadas por dinheiro de verdade. Mas, agora o jogador poderá apostar dinheiro real, pagando com cartão de crédito ou boleto bancário. Apesar da aparência infantil, o game exige maioria para participar, cujos dados do usuário serão exigidos previamente. Por enquanto, o bingo virtual está disponível apenas no Reino Unido e não há previsões de chegada ao Brasil, mas já existe proposta para lançamento de um pôquer online com apostas em dinheiro real, para acesso aos brasileiros. A ideia é da Zynga, proprietária de títulos como “Farmville” e “Cityville” (FACEBOOK AGORA TEM JOGOS DE APOSTA, 2012), já usados pelos brasileiros.

As apostas *on line*, deve-se ressaltar, não têm tamanha segurança para evitar que menores de idade, em todo o Brasil, utilizem do sistema. A exemplo disso, basta acessar qualquer *site* de jogos na *rede* e logo se verificará como é simples apostar, ganhar e perder. Apesar das inúmeras medidas de segurança que alguns *sites* tomam não é impossível o acesso por menores de idade como se faz presencialmente, pois, na própria

internet, existem informações e tutoriais que ensinam a burlar o sistema ou buscar outros mecanismos para tal finalidade⁴⁷. E o pior: como é fácil viciar.

Como diria John Lock (1973), o fim do Direito não é abolir nem restringir, mas preservar e ampliar a liberdade. Por isso, uma medida legislativa tem que ser tomada urgentemente no Brasil, não para coibir ou liberar indiscriminadamente, mas para regular a prática e, principalmente, para se apurar a real utilidade social dessas modalidades de jogos e apostas. Sem lei específica, contudo, é que não pode ficar.

1.3 CONCEITOS, CARACTERES E NATUREZA JURÍDICA DA LOTERIA ESTATAL

1.3.1 Conceitos, Histórico e Modalidades da Loteria da União

Loteria (para o português brasileiro; “lotaria” para o português europeu) trata-se de uma modalidade bastante popular e antiquíssima⁴⁸ de jogo de azar. Consiste no sorteio aleatório sobre alguma opinião preestabelecida, normalmente de prognóstico número, em troca de um prêmio.

Os “jogos de azar” (contrato de aposta) são responsáveis por muitos males sociais, emocionais e até jurídicos (a exemplo de quem vende jogo do bicho, emite cheque para pagar dívida de jogo etc.). Um dos primeiros efeitos que se pode vislumbrar é o empobrecimento e conflitos familiares. Há pessoas que são cativadas pelo vício de jogar, mesmo sem ganhar, e diariamente fazem a sua fé. E, como só um ou pouquíssimos ganham, há pessoas que passam a vida toda jogando sem nunca ganhar. Jogam apenas pelo prazer de fazê-lo.

⁴⁷ E a exemplo disso, é possível perceber, através do link <http://www.comoganharnaloteria.com.br/forum/topico/20482-jogar-em-outros-paises/>, que existem “meios” para se apostar em jogos proibidos através da internet.

⁴⁸ Há registros de uma loteria, gravados nos cartões Keno dos chineses da *Dinastia Han*, datados dos anos de 205 e 187 a.C (PACKEL, 1981).

É comum que se encontre diversos tipos de regulamentação nas loterias pelos governos dos Estados Soberanos. Alguns proíbem a prática, enquanto outros o apóiam a ponto de organizar uma loteria estatal, como é o caso do Brasil.

Inicialmente é curial informar que, muito embora o presente capítulo trate de “loterias” de forma genérica, neste título serão abordadas algumas considerações a respeito das Loterias Federais, administradas pela Caixa Econômica Federal. Antes, porém, cumpre expor algumas considerações históricas, conceitos e significados gerais.

Conceitualmente, loteria, de forma genérica, é entendida como “coisa ou negócio aleatório, dependente do acaso, da sorte” (FERREIRA, 1993, p. 2354), ou “jogo de azar em que alguns dos bilhetes numerados recebem um prêmio” (MATTOS, 2001, p. 985). Para o dicionário *Michaelis (on line)*, loteria é “Jogo de azar em que se vende grande quantidade de bilhetes numerados, subdivididos em frações (décimos ou vigésimos), alguns dos quais, determinados por sorteio, dão aos portadores direito a um prêmio em dinheiro” (DICIONÁRIO MICHAELIS, 2012).

Historicamente, registra-se que os primeiros indícios de prática de loterias, no mundo, são de que os povos hebreus, egípcios, hindus, chineses e romanos iniciaram-na de modo bastante primitivo, em caráter eminentemente recreativo (APARECIDA, 2012). As primeiras loterias conhecidas na Europa foram praticadas durante o Império Romano, principalmente como diversão em jantares. Diz-se que os convidados recebiam um bilhete (não se sabe se numérico ou em formas geométricas) e os prêmios, muitas vezes, eram pagos com itens de luxo, como louças. Veja-se que, pela atual conceituação doutrinária já mencionada anteriormente, na loteria, espécie de contrato de aposta, o prêmio será sempre em pecúnia, jamais em coisa a esta diversa (ver item 1.1.1). Todo portador do bilhete tinha a certeza de ganhar alguma coisa (PACKEL, 1981). Este tipo de loteria (ou pseudo loteria), no entanto, não passava de uma distribuição de brindes por nobres ricos durante festejos tradicionais. Mero divertimento.

Em meados de 1530, na França, registra-se que o Estado teria tomado a iniciativa de promover sorteios em prol do erário (APARECIDA, 2012). Todavia, há registros de uma loteria, gravados nos cartões Keno dos chineses da *Dinastia Han*, datados dos anos de 205 e 187 a.C, em que, acredita-se, teria ajudado a financiar projetos governamentais de grande magnitude como a Muralha da China e os primeiros registros que se tem de extração onerosa de bilhetes de aposta, na forma de loteria, foi organizada pelo imperador

romano César Augusto. A História narra que os recursos foram usados em concertos arquitetônicos na cidade de Roma, e os vencedores recebiam como prêmio artigos de grande valor (PACKEL, 1981). Tratava-se, na verdade, de modalidade de rifa ou bingo, mas não de loteria, pela característica de entregar coisa diferente de pecúnia ao vencedor.

Já no Brasil, o primeiro registro que se tem de loteria é de que foi realizada, pela primeira vez, em Vila Velha, atual Ouro Preto, em Minas Gerais. Com o dinheiro arrecadado, foram construídas a Cadeia Pública e a Câmara Municipal. Além disso, o objetivo era obter fontes alternativas de arrecadação de recursos, pois os que eram enviados pela corte de Portugal eram escassos e demorados. O governador soube que a prática de loterias estava sendo difundida na Europa com objetivo de financiar obras públicas, a exemplo da Santa Casa de Misericórdia de Portugal que foi construída com recursos oriundas do jogo. O primeiro sorteio no Brasil foi considerado um grande evento de muita importância, o qual foi realizado com grande festejo (COSTA BARBOSA, 2005)

Daí então foi que, em 27 de abril de 1884, o imperador D. Pedro II regulamentou o funcionamento das loterias, através do Decreto nº 357. Somente no século XX, contudo, é que as loterias estatais ganharam importância, foram implementadas técnicas e métodos para a sua realização e sorteios (APARECIDA, 2012).

A primeira extração da Loteria sob a administração do Conselho Superior das Caixas Econômicas Federais foi realizada em 15 de setembro de 1962, no Estado da Guanabara, atual Rio de Janeiro (CEF, 2012). Cinco anos depois surge o Decreto-Lei nº. 204/67, regulamentando a Loteria Federal (primeira modalidade de loteria).

Feitas estas considerações históricas, cumpre destacar que este título tratará das modalidades de loterias, basicamente de dois gêneros divididos em espécies, de acordo com a Circular Caixa (CC) nº 471, de 05 de maio de 2009: *Loteria de Bilhete* e *Loteria de Prognóstico*.

Quanto às Loterias de Bilhetes tem-se a *Loteria Federal* (uma das primeiras modalidades de loterias) e a *Loteria Instantânea*. A primeira consiste na “modalidade de loteria na qual há uma quantidade pré-fixada de bilhetes numerados, atribuindo-se prêmios, mediante sorteio realizado pela CEF e de acordo com um Plano de Sorteio” (CEF, 2009). Nesta, o apostador não escolhe a combinação de números. Já a segunda trata-se da “modalidade de loteria na qual os apostadores conhecem os resultados ao revelarem as combinações de números, símbolos ou caracteres que se encontram

encobertos em área raspável” (CEF, 2009). Trata-se da conhecida “raspadinha”. Na modalidade de Loteria Instantânea, o apostador paga pelo bilhete nas Casas Lotéricas, raspa os campos encobertos por um material especial e, pelas combinações de números ou símbolos gravadas nessa área, revela-se o prêmio. Quanto a estas, a CEF (CC, nº. 471, 2009) informa que “os prêmios, o valor e a quantidade de bilhetes variam de acordo com a emissão e estão impressos no verso do bilhete”

Há, ainda, as Loterias de Prognósticos⁴⁹, que se subdividem em:

Loteria de Prognósticos Numéricos – modalidade de loteria na qual o apostador indica seus prognósticos, num universo de números inteiros, concorrendo a prêmios mediante sorteio;

Loteria de Prognósticos Esportivos – modalidade de loteria na qual o apostador indica seus prognósticos sobre resultados de competições esportivas;

Loteria de Prognóstico Específica - Timemania – modalidade de loteria que adota como estratégia a facilidade e aceitação da mecânica consolidada das loterias de prognósticos numéricos com a utilização do potencial da marca dos clubes de futebol, na qual o apostador indica seus prognósticos, num universo de números constituídos de 2 algarismos e indica um clube de futebol de sua preferência, concorrendo a prêmios mediante sorteio (grifo nosso). (CEF, 2009)

Nestas modalidades, a opinião sobre o resultado da aposta (prognóstico) tem de ser registrada no sistema, com a respectiva emissão do recibo pelo terminal lotérico (CEF, 2009). Só assim o apostador se assegurará de que sua aposta foi realmente registrada e que concorrerá ao prêmio na data do sorteio ou divulgação do resultado. As apostas⁵⁰ são captadas no sistema de loterias da CEF por cinco tipos diferentes de registros, quais sejam:

Leitura eletrônica dos prognósticos marcados nos volantes; digitação dos prognósticos indicados verbalmente pelo apostador ao atendente da Unidade Lotérica; conjunto de prognósticos fornecido aleatoriamente pelo sistema; repetição do mesmo conjunto de prognósticos em concursos diferentes e

⁴⁹ Modalidade de sorteio que consiste na “indicação, pelo apostador ou pelo sistema utilizado para registrar as apostas, de um número inteiro constante nos volantes” (CEF, CC nº. 04, 2010).

⁵⁰ “É o conjunto de prognósticos integrantes de um único recibo, registrado eletronicamente no sistema de loterias” (CEF, CIRCULAR Nº. 04/2010).

subsequentes da mesma modalidade; e conjunto de prognósticos gerado pelo sistema, contendo os 50 números não registrados na aposta original (CEF, 2009).

Muito embora se trate de procedimentos operacionais e administrativos, as informações sobre modalidades de loterias, tipos de prognósticos e de procedimentos são de grande importância quando do estudo da responsabilização das permissionárias (Casas Lotéricas) e da Caixa Econômica Federal, a fim de conhecer e entender como funciona a emissão dos “serviços” ou “produtos” lotéricos no mercado e se é assim que podem ser tratados⁵¹.

É importante salientar, ainda, que a competência para legislar sobre *desporto* é concorrente (União), cabendo aos estados-membros, os quais podem editar leis suplementares. Em verdade, à União restringe-se a estabelecer as normas gerais, fixando bases e diretrizes enquanto que o conteúdo acidental resta a ser particularizado pelas unidades federadas (HEUSELER; LEITE, 2010).

Todavia, nem pode a lei estadual ou municipal instituir formas de rifas peculiares, ao arripio da legislação infraconstitucional, não surtindo efeitos, pois, a loteria não autorizada ou não regulada por lei federal. Inadmitia-se a sua instituição por Lei local, segundo o disposto no art. 22 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) que aponta a competência exclusiva da União em legislar sobre “sistemas de consórcios e sorteios” (inciso XX). A jurisprudência superior já se pronunciou, inclusive, alertando que os municípios não podem autorizar loterias e sorteios, pois a legislação sobre esta matéria é da competência privativa da União. (BRASIL, RMS 6.308-MG, 1996).

1.3.2 Derrogação Excepcional de Normas de Direito Penal no Âmbito das Loterias: uma Autotutela Estatal

O Brasil convive com um paradoxo instalado em seu cenário jurídico que, certamente, causa confusão e estranheza à sociedade: se por um lado jogos de azar (a

⁵¹ Se é “serviço” ou “produto”, ver próximo capítulo.

exemplo do jogo do bicho) é consideração infração penal, por outro, o Estado explora livremente a extração de loteria (outra espécie de jogo de azar). De fato, essa é uma discussão que não pode fugir da pauta. Ao observar o funcionamento da Loteria, notadamente os jogos de prognósticos numéricos, é notória a presença do elemento *álea*⁵², o que faz da mencionada atividade um jogo eminentemente de azar⁵³.

Ora, como pode o Estado tomar para si, em regime de monopólio, uma atividade, pelo menos em princípio, tipificada com contravenção penal⁵⁴? Deveras, a Loteria explorada pela União, como jogos de azar que o é, estaria tipificada como infração penal se não fosse pelo artigo 1º do Decreto-Lei nº. 204 de 27 de fevereiro de 1967 que excepcionou tal prática do rol das contravenções penais, *in verbis*:

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. (grifo nosso). (BRASIL, 1967)).

Ou seja, através do Decreto-Lei nº. 204 de 27 de fevereiro de 1967, a União pôs um manto (“derrogação excepcional das normas do Direito Penal”⁵⁵) sobre as loterias federais, impedindo que a Lei de Contravenções Penais incidisse sobre o monopólio estatal de extração de loterias.

Em outras palavras, apenas no que diz respeito à exploração de loterias pela empresa pública federal (Caixa Econômica Federal), *ex vi legis*, é que se aplica a derrogação excepcional ao art. 50 da Lei das Contravenções Penais (jogos de azar) e as loterias estaduais que já estavam em funcionamento até a promulgação daquele Decreto-

⁵² *Álea* é um termo jurídico que significa a possibilidade de prejuízo simultaneamente à de lucro. Um risco. É elemento comum, também, nos contratos de seguro.

⁵³ Art. 50 da lei nº. 3688/41 disciplina que “estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele” (BRASIL, 1941).

⁵⁴ O doutrinador Julio Fabbrini Mirabete (2007, p. 117) informa que o Brasil adotou o sistema bipartido para classificar as infrações penais, as quais se separam em crime ou delito (como sinônimos) e contravenção. O mencionado Doutrinador leciona que esta infração penal é conhecida também como “crime anão”.

⁵⁵ É importante destacar que por “derrogação” entende-se a revogação parcial de uma norma. Em outras palavras, “atinge só uma parte da norma, que permanece em vigor no restante” (GONÇALVES, 2009, p. 42).

lei⁵⁶. Doravante, nos termos do Decreto-lei nº. 204/67, nenhum estado federado, ou município, poderá criar jogo de loteria.

À primeira impressão, causa estranheza conceber que uma atividade ilícita (jogos de azar) pudesse ser objeto de exploração econômica e contratação da administração pública, com o fundamento de “derrogação excepcional das normas de Direito Penal”. Indagando esta excepcionalidade, Fernando Aguillar (2007) defende a ideia de que o monopólio estatal sobre as loterias federais devesse cair. O indigitado autor defende duas alternativas para a pretensa extinção: a) ou o Estado abre o mercado para a atuação do privado no âmbito das loterias; ou b) que a União se abstenha de fazê-lo. Entende, também, que a exploração exclusiva das loterias federais é inconstitucional⁵⁷.

Todavia, pelo que consta, com base no Princípio da Constitucionalidade Presumida, a Carta Magna recepcionou todos os dispositivos legais que tratam da exploração de loterias (e no presente trabalho já foram citados vários), posto que ausentes normas constitucionais que disponha em contrário (ANDRADE, 2008).

Ademais, o Código Civil de 2002 trata da atividade de *Jogo e Aposta* como contratos em espécie. Sem estender muito nessa oportunidade, vale mencionar que a doutrina majoritária leciona que os jogos e apostas se apresentam em três espécies diferentes: *proibidos*, *tolerados* e *autorizados* (PEREIRA, 2007), ou, sinonimamente, podem ser *ilícitos*, *lícitos e legais* ou *regulamentados*, respectivamente (VENOSA, 2007)⁵⁸.

Nesses parâmetros, Caio Mário da Silva Pereira (2007) leciona que os jogos ilícitos, ou proibidos como prefere, são aqueles em que a sorte tem caráter predominante no resultado. São os chamados jogos de azar. A título de exemplo elenca-se a roleta, o bazará, o jogo do bicho, o sete e meio etc.⁵⁹.

Os jogos lícitos, muito embora sejam tolerados, não são bem vistos pelo Código Civil e sofre as mesmas limitações que os ilícitos. Essa modalidade de jogo não depende

⁵⁶ Antes da edição do Decreto-lei nº. 204/67, já existiam algumas loterias estaduais, as quais tiveram resguardados o direito de prosseguir ativas. Segundo a Associação Brasileira das Loterias Estaduais, os estados que mantém atualmente suas loterias são: Paraíba, Alagoas, Ceará, Minas Gerais, Mato Grosso do Sul, Goiás, Pernambuco, Pará, Piauí, Rondônia, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, São Paulo e o Distrito Federal (ABLE, 2012).

⁵⁷ Com razão em dizê-lo, pois, a exploração de loterias não consta no rol do art. 177 da Constituição Federal.

⁵⁸ Para efeito discursivo, no presente trabalho serão utilizadas as nomenclaturas postas pelo doutrinador Caio Mario da Silva Pereira (2007).

⁵⁹ Como já foi vista anteriormente, a Loteria Federal está fora desse rol graças à exceção atribuída pelo Decreto-Lei nº. 204/67.

exclusivamente da sorte, como na espécie anterior, e não constitui contravenções penais (GONÇALVES, 2009), a exemplo do *bridge*, a canastra, o truco, xadrez etc. São jogos voltados ao entretenimento, tão somente.

Os jogos e apostas regulamentados, por sua vez, é o que interessa a essência deste trabalho, tendo em vista as conotações jurídicas perseguidas. São consideradas socialmente úteis e, como o próprio nome pressupõe, recebem a chancela do Estado para o exercício da atividade.

A autorização para prática de determinados jogos, permitidos ou autorizados pelo poder público, se justifica pelo benefício a quem os pratica, como competições esportivas; ou porque provocam a circulação da economia, como o turfe e o trote; ou pelo proveito que deles auferem o Estado a empregar obras sociais relevantes, tal como ocorre com a Loteria (PEREIRA, 2007) e este é o ponto em que se pretendia chegar.

A Loteria Estatal administrada pela Caixa Econômica Federal está inserida na modalidade de aposta regulamentada ou autorizada. Estas, em razão do que disciplina a doutrina já citada até agora, não são juridicamente classificadas como jogos de azar, ainda que em sua aparência se revista da álea. A ilicitude que poderia macular tais modalidades de jogos é afastada por força de lei, o Decreto-Lei nº. 204 de 27 de fevereiro de 1967 (já ventilado anteriormente).

É sabido que muito se tem a falar a respeito da teoria dos jogos e apostas, previstos no Código Civil. Porém, cumpre ser breve para se alcançar com a maior objetividade possível o cerne do presente estudo, a fim de não alongar em demasia os preceitos conceituais.

1.3.3 Bilhete de Aposta como Título de Crédito Impróprio

É imprescindível trazer à discussão a característica de “título ao portador” atribuída ao cupom (ou volante) das Loterias do Estado. Antes de aprofundar, porém, cumpra tecer duas distinções elementares para melhor compreensão do presente item. O bilhete de aposta pode ser um simples comprovante de aposta ou uma espécie título de crédito (tema do presente discurso).

A primeira hipótese se aplica aos volantes de loteria que foram pagos e registrados como aposta efetiva, capaz de concorrer ao prêmio (comprovante da *chance*⁶⁰ de ganhar). A segunda hipótese ocorre quando, após o sorteio, o apostador se torna vencedor do prêmio; o que era apenas uma chance se aperfeiçoa em triunfo e o que era um simples comprovante se torna título de crédito (impróprio). E é com base na segunda hipótese que este item se desenvolve.

Mas, chame-se o feito a ordem. Não se trata de um título de crédito qualquer, como um cheque, uma duplicata ou uma nota promissória. Existe certa impropriedade nessa modalidade de cártula.

Ocorre que, apesar de não ser *título de crédito* propriamente dito, o bilhete lotérico encontra-se sujeito à disciplina legal que aproveita, em parte, os elementos do regime jurídico cambial. Não é considerado título de crédito, repita-se, mas a doutrina costuma chamar de “*título de crédito impróprio*”. Para Fábio Ulhoa Coelho (2008, p.156), os bilhetes lotéricos, que são títulos de créditos impróprios, encontram-se na categoria de “títulos de legitimação”, tal qual se depreende de sua lição abaixo transcrita:

Distinguem-se os instrumentos jurídicos chamados de títulos de crédito impróprios em quatro categorias. Na primeira, encontram-se os títulos de legitimação, que asseguram ao seu portador a prestação de um serviço ou acesso a prêmios em certame promocional ou oficial. Por exemplo: o bilhete de metrô, o passe de ônibus, o ingresso de cinema, os cupões premiados do tipo “achou ganhou”, **o volante sorteado da Loteria Numérica** etc. (grifo nosso).

De acordo com a lição supra, cumpre chamar atenção para o detalhe de que, a tais títulos, se aplicam os princípios da cartularidade, da literalidade e da autonomia, mas não se aplica, contudo, o princípio da executividade (COELHO, 2008).

A esse respeito, o STJ, em julgamento de uma ação de cobrança em que um apostador da “Supersena” deixou de ganhar o prêmio de R\$ 10,3 milhões que tentava receber judicialmente. Ele alegava haver apostado para o concurso de nº 83, mas o jogo só foi processado para o sorteio seguinte por erro no registro da aposta. Para a 4ª turma do

⁶⁰ Quanto à “chance”, veja o tópico 3.1.2.

STJ, nos concursos de loteria o que vale é o que está expresso literalmente no bilhete, confirmando, assim, a aplicabilidade do Princípio da Literalidade ao bilhete de loteria (BRASIL, REsp nº. 902158, 2010)⁶¹.

Em qualquer modalidade de loteria de bilhete, ao realizar uma aposta, o apostador deverá receber o volante (cupom) de loteria solicitado que será o comprovante e garantia do prêmio. Em se tratando das loterias de prognósticos, o apostador deverá portar o recibo de aposta emitido pelo terminal lotérico. No caso dos bilhetes de loteria instantânea ou loteria de prognóstico numérico, a CEF assegura que “qualquer falha que dificulte sua identificação completa dá ao apostador o direito de receber outro bilhete ou a devolução do valor pago” (CEF, 2012).

A emissão de bilhete (ou *título ao portador*) é uma prerrogativa das loterias dotadas de legalidade e autorização pelo Estado para a exploração desta atividade (PEREIRA, 2007). O Decreto-Lei 204/67 já previa a sua emissão, com caracteres semelhantes aos dos títulos de crédito:

Art. 8º - Cada bilhete ou fração consignará no anverso, além de outros dizeres:

I - a denominação "Loteria Federal do Brasil";

II - o número que concorrerá ao sorteio;

III - em caracteres legíveis, o preço de plano do bilhete inteiro e o de cada fração, acrescido da cota de previdência constante do art. 4º e seu parágrafo único;

IV - a declaração de ser inteiro, meio, quarto, décimo, vigésimo ou quadragésimo e, sendo fração, o número de ordem desta;

V - a indicação da série, se for o caso.

Art. 9º - Cada bilhete, ou fração consignará no reverso, além de outros dizeres:

I - o plano de extração, por inteiro ou resumido;

⁶¹ RECURSO ESPECIAL. LOTERIA FEDERAL. BILHETE QUE FAZ REFERÊNCIA A SORTEIO QUE NÃO CONTEMPLA OS NÚMEROS INDICADOS PELO AUTOR. PROVA DE QUE A APOSTA FOI REALIZADA NO PRAZO PARA O SORTEIO ANTERIOR. IRRELEVÂNCIA. BILHETE NÃO NOMINATIVO QUE OSTENTA CARÁTER DE TÍTULO AO PORTADOR. 1. Pode e deve o Tribunal a quo, em sede de embargos de declaração, sanar eventual contradição ou omissão existente na apreciação de determinada prova produzida em primeiro grau, sob pena de, nesse caso, violar o art. 535 do CPC. 2. Em se tratando de aposta em loteria, com bilhete não nominativo, mostra-se irrelevante a perquirição acerca do propósito do autor, tampouco se a aposta foi realizada neste ou naquele dia, tendo em vista que o que deve nortear o pagamento de prêmios de loterias federais, em casos tais, é a literalidade do bilhete, eis que ostenta estas características [sic] de título ao portador. 3. É que o bilhete premiado veicula um direito autônomo, cuja obrigação se incorpora no próprio documento, podendo ser transferido por simples tradição, característica que torna irrelevante a discussão acerca das circunstâncias em que se aperfeiçoou a aposta. 4. Recurso especial do Ministério Público Federal conhecido e provido. Prejudicado o recurso especial da Caixa Econômica Federal.

- II - a indicação do lugar, dia e hora do sorteio;
- III - a assinatura das autoridades responsáveis pela emissão;
- IV - local apropriado para receber o nome e endereço do possuidor que desejar o bilhete nominativo (BRASIL, 1967).

O volante preenchido pelo apostador, ou qualquer outro documento entregue pela Casa Lotérica, que não seja o recibo emitido pelo terminal, não tem validade como comprovante da aposta. E mais, o bilhete emitido pelo terminal é o único comprovante válido da aposta realizada e por isso deve refletir fielmente o desejo do apostador. (CEF, 2012). Obviamente, como toda e qualquer transação, o apostador deve conferir o recibo de aposta emitido pelo terminal lotérico no ato da entrega pelo atendente. Qualquer outro cupom/bilhete, como os “bolões”, não será reconhecido pela administradora⁶² da Loteria, a Caixa Econômica Federal, pois não ostenta os caracteres do título oficial.

O “bolão” é o nome dado ao conjunto de várias apostas feitas em único bilhete lotérico. Várias pessoas se associam e apostam os mesmos números, concorrendo entre si a divisão do prêmio⁶³. Essa conduta, se praticada pela casa lotérica (à revelia da CEF), é irregular, pois, além de não ser emitido o bilhete lotérico ao apostador, a permissionária auferir vantagem pecuniária extracontratual, indevida. Aliás, as precauções contra essa irregularidade é prevista pelo Decreto-Lei nº. 204/67 ao disciplinar que “a Loteria Federal adotará os sistemas de garantia que julgar mais convenientes à segurança contra adulteração ou contratação dos bilhetes” (BRASIL, 1967, art. 10).

Por uma questão de segurança, é imperioso que o recibo de aposta original, emitido pelos terminais lotéricos das unidades lotéricas, seja o único comprovante para o recebimento de prêmios, o qual se configura como um título ao portador. Para torná-lo pessoal e intransferível é necessário escrever, em seu verso, o nome completo e o CPF do apostador⁶⁴, pelo qual deixará de ser “título ao portador” para ser “título nominativo” (BRASIL, 1967, art. 6º)⁶⁵.

⁶² Administrador de concurso de prognósticos é todo aquele que administra a realização de qualquer dos jogos mantidos ou permitidos pelo Poder Público, tais como a loteria esportiva, a loto e a sena (BRITO MACHADO, 2004).

⁶³ Não é mencionada nenhuma fonte para essa definição, pois a mesma é extraída de uma percepção empírica.

⁶⁴ Inclusive essa é uma recomendação prestada pela Caixa Econômica Federal através de publicidades televisivas e cartilhas de orientação ao apostador.

⁶⁵ “Em se tratando de aposta em loteria, com bilhete não nominativo, mostra-se irrelevante a perquirição acerca do propósito do autor, tampouco se a aposta foi realizada neste ou naquele dia, tendo em vista que o que deve

Tanto é o caráter de “título de crédito” que o diploma disciplinador das loterias, prevê que “os prêmios relativos a bilhetes ou frações nominativos somente serão pagos ao respectivo titular, devidamente identificado” (art. 12, §1º) e que “somente mediante ordem judicial deixará de ser pago algum prêmio ao portador ou ao titular do bilhete ou fração premiados” (art. 12, § 2º) (BRASIL, 1967).

O bilhete (ou título) é o único documento capaz de comprovar a titularidade do prêmio, não sendo admitida a substituição de bilhetes postos em circulação, ainda que sob o pretexto de furto, roubo, destruição ou extravio (Art. 11 do Decreto-Lei nº. 204/67). Todavia, a lei disciplina (art. 12) que “em caso de roubo, furto ou extravio, aplicar-se-á ao bilhete ou fração de bilhete de loteria, não nominativo, e no que couber, o disposto na legislação sobre ação de recuperação de título ao portador” (BRASIL, 1967).

Com efeito, o art. 6º do Decreto-Lei nº 204/67 determina que o bilhete lotérico, quando não nominativo (desprovido de nome e endereço do possuidor), é tido para todos os efeitos como título ao portador, como já referido anteriormente. Contudo, é possível que o possuidor original (aquele que efetivamente realizou a aposta e que pagou por ela) recuperar o título extraviado, pedido ou furtado. Esse procedimento está previsto no art. 12 do multicitado Decreto-Lei, o qual autorizar aplicar, no que couber, o disposto na legislação sobre ação de recuperação de título ao portador (art. 907 e seguintes do CPC).

E ainda, para manuseio do referido procedimento recuperatório, faz-se necessário que fatos e provas levem ao convencimento da titularidade do prêmio pelo autor da ação e a decisão judicial dispensará o apostador da apresentação do bilhete, o qual, posto em circulação, não pode ser substituído conforme dispõe o art. 11 do DL 204/67, conforme já se manifestou o STJ no julgamento do Recurso Especial nº. 717.507 – PE⁶⁶.

nortear o pagamento de prêmios de loterias federais, em casos tais, é a literalidade do bilhete, eis que ostenta este características de título ao portador. É que o bilhete premiado veicula um direito autônomo, cuja obrigação se incorpora no próprio documento, podendo ser transferido por simples tradição, característica que torna irrelevante a discussão acerca das circunstâncias em que se aperfeiçoou a aposta” loteria (BRASIL, REsp nº. 902158, 2010).

⁶⁶ CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. EXTRAVIO DE BILHETE PREMIADO DE APOSTA LOTÉERICA (QUINA DA MEGA SENA). POSSIBILIDADE DE RECUPERAÇÃO NA ESFERA JUDICIAL. PREVISÃO LEGAL - ART. 12 DO DEC.-LEI 204/67. FATOS E PROVAS QUE DEMONSTRAM A TITULARIDADE DO PRÊMIO (NO VALOR DE R\$ 11.127,07) PELO AUTOR DA AÇÃO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. - O art. 6º do Decreto-Lei nº 204/67, que dispõe sobre a exploração de loterias, determina que o bilhete lotérico, quando desprovido de nome e endereço do possuidor, é tido para todos os efeitos como título ao portador. - A recuperação de bilhete extraviado nessa condição está prevista no art. 12 do citado Decreto-lei, que manda aplicar, no que couber o disposto na legislação sobre ação de recuperação de título ao portador. - Ação processada de conformidade com as disposições dos arts. 907 e seguintes do CPC, atendendo ao comando da legislação específica aplicável à espécie. - Fatos e provas que levam ao convencimento da titularidade do prêmio

Caso “lendário” ocorreu em meados de maio de 1995, na Paraíba, quando um contendor apostou no Concurso da Sena nº. 375, preenchendo o volante de aposta com os números 09, 11, 18, 24, 25 e 32. O apostador tomou por base datas de nascimento, casamento e outras relacionadas à sua família. Os números apostados foram sorteados, mas o vencedor não pode auferir (de imediato) o prêmio de R\$ 314.000,00, porque perdera o bilhete da aposta. O apostador não conseguiu encontrar o bilhete (título) no prazo prescricional lotérico (noventa dias – art. 17 do DL nº. 204) e para recuperar a chance perdida, propôs ação de anulação e substituição de título ao portador.

O pleito foi deferido na vara de origem, na qual o magistrado entendeu que o autor da demanda comprovou que os números sorteados na loteria Sena foram os apostados no volante e que faziam referência às datas de nascimento, casamento e outras ligadas à sua família. Para o julgador, provou-se naquela demanda que a combinação numérica supostamente apontada pelo apostador correspondia aos números sorteados.

Deferido na vara federal de origem e no Tribunal Regional da 5ª Região, a demanda foi discutida no Superior Tribunal de Justiça, por meio do REsp nº. 636175 - PB⁶⁷, o qual não conheceu do recurso manteve a decisão originária. Todavia, em manifestação proferida por meio do voto vista, o Ministro Ari Pargendler, apesar de não conhecer do Recurso Especial, aduziu que “o sucesso do recurso especial dependeria da indicação de norma legal que condicionasse o recebimento do prêmio à apresentação do bilhete ao portador – mas essa norma deixou de ser mencionada nas respectivas razões”. E, antes de concluir o seu voto, arrematou o ministro: “por mais esdrúxulo que seja o resultado do acórdão proferido pelo tribunal *a quo*, só resta admitir o fato consumado de

pelo autor da ação. - Devedor, no caso a CEF, que confirma não ter pago o prêmio questionado. - A decisão judicial dispensa o apostador da apresentação do bilhete, o qual, posto em circulação, não pode ser substituído conforme dispõe o art. 11 do DL 204/67. - Prescrição do prêmio não consumada, tendo em vista a efetivação do ajuizamento da ação e citação válida dentro do prazo estabelecido no art. 17 do citado Dec.-Lei. - Apelação improvida.

⁶⁷ RECURSO ESPECIAL - CONCURSO DE PROGNÓSTICOS - "SENA POSTERIOR" - PERDA DO RECIBO DA APOSTA - COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS - REVISÃO PROBATÓRIA - INADMISSIBILIDADE - SÚMULA 7/STJ. ALEGAÇÃO DE OFENSA A PORTARIA. NÃO-INCLUSÃO DESSA ESPÉCIE DE ATO NORMATIVO NO CONCEITO DE "LEI FEDERAL" DO ART. 105, III, DA CF/88 - PRECEDENTES I - Reconhecido na instância de origem que o autor era o ganhador do prêmio da 'Sena Posterior', com base nas provas em direito admitidas, inadmissível, neste âmbito recursal, a reapreciação das razões que garantiram o direito pleiteado (Súmula 7/STJ).II - Inadmissível o conhecimento do recurso especial na parte em que indica ofensa ao comando de portaria, por não estar essa espécie de ato normativo compreendida na expressão "lei federal", constante do artigo 105, inciso III, alínea 'a', da Constituição Federal. Precedentes.Recurso especial não conhecido.

que o autor da ação “ganhou a sorte grande” judicialmente” (BRASIL, REsp nº. 636175 – PB, 2006).

Destarte, não se afasta a relevância da necessidade do bilhete ou título (seja nominativo ou ao portador), a fim de garantir o pagamento do prêmio da aposta, mas não se pode olvidar que o sistema do livre convencimento judicial motivado pode bem servir ao alcance do objetivo perseguido em demandas dessa natureza, observando, sobretudo, as provas produzidas pelas partes, como foi feito com o apostador da referida ação de anulação e substituição de título ao portador que demonstrou que os números sorteados correspondiam àqueles apostados, em referência a datas de representatividade familiar.

1.3.4 Prescritibilidade dos Prêmios da Loteria

No ordenamento jurídico brasileiro, alguns direitos perdem a sua eficácia pela inércia de seu titular somado ao decurso do tempo. Já lecionava a antiga tradição “*dormientibus non succurrit jus*”⁶⁸, por isso estão em toda parte do sistema pátrio prazos para a efetivação e exercício de direitos. É chamado de “prescrição” o instituto jurídico que os fulmina.

A doutrina leciona que a prescrição é a perda do direito de ação, ou seja, a perda da proteção jurídica relativa ao direito pelo decurso (ou perda) de prazo (DINIZ, 2009). A prescrição reprime a inércia (atitude passiva, ou omissa) e incentiva o titular do direito a tomar providências que possibilitem o exercício de seu direito em um período de tempo razoável (VENOSA, 2009).

Ainda, em sede de considerações preliminares sobre a prescritibilidade dos prêmios da Loteria Federal do Brasil, vale destacar que a prescrição existe para criar tranqüilidade e segurança nas relações sociais, pois não se pode admitir que uma pessoa tenha sobre outra uma pretensão que pode ser reivindicada ou não no decorrer dos tempos, dependendo exclusivamente de um ato de vontade (SILVA PEREIRA, 2004). Em outras palavras, a finalidade da prescrição é, assim, evitar instabilidades nas relações jurídico-sociais.

⁶⁸ O Direito não socorre aos que dormem.

Por isso a lei estipula prazos a serem observados para o exercício de alguns direitos, sob pena destas proteções jurídicas não poderem mais ser exercidas. Os artigos 205 e 206 do Código Civil tratam da prescrição de forma geral, subsistindo leis que tratam da matéria em casos especiais, a exemplo do Decreto-Lei nº. 204. A lei que regulamenta a Loteria estatal disciplina que o direito ao recebimento do prêmio lotérico também tem “prazo de validade” e o vencedor da aposta deve reclamá-lo em tempo hábil, sob pena de tê-lo prescrito.

O artigo 17 do Decreto-Lei nº. 204/67 estipula o prazo prescricional de noventa dias (não é o mesmo que três meses) para o vencedor reclamar o prêmio perante as Casas Lotéricas⁶⁹ ou à Caixa Econômica Federal. O mencionado artigo legal dispõe que “os prêmios prescrevem em 90 (noventa) dias a contar da data da respectiva extração” (BRASIL, 1967). Depois de escoado este prazo, o apostador perderá o direito de reclamar o prêmio seja na orbita administrativa, seja na judicial (BRASIL, AC nº. 557 TO, 2003)⁷⁰. O prazo prescricional começa a fluir da data do sorteio (que acontece publicamente e em tempo real).

Assim como o Código Civil, no art. 202, dispôs que a prescrição se interrompe por diversas formas, inclusive pela citação pessoal feita ao devedor, ainda que ordenada por juiz incompetente, a o referido Decreto-Lei, ao tratar da prescritibilidade dos Prêmios de Loteria, também previu forma de interruptibilidade, no parágrafo único do art. 17, o qual dispõe:

Parágrafo único. Interrompem a prescrição:

I - citação válida, no caso do procedimento judicial em se tratando de furto, roubo ou extravio;

II - a entrega do bilhete para o recebimento de prêmio dentro do prazo de 90 (noventa) dias da data da extração na sede da Administração do Serviço de Loteria Federal ou nas Agências das Caixas Econômicas Federais.

⁶⁹ Se o prêmio for de até mil reais, pode ser recebido no balcão das Casas Lotéricas (CEF, 2010).

⁷⁰ PRÊMIO DE LOTERIA FEDERAL. EXTRAVIO DO BILHETE. AÇÃO NÃO AJUIZADA NO PRAZO DE NOVENTA DIAS, PREVISTO NO ART. 17, DO DECRETO-LEI Nº 204/67. PRESCRIÇÃO. I - O art. 17 do Decreto-Lei nº 204/67 dispõe que os prêmios de loteria prescrevem em 90 (noventa) dias. Se o autor ajuizou a presente ação mais de três anos após o sorteio do prêmio, do qual alega o extravio do bilhete, afigura-se, assim, consumada a prescrição. O boletim de ocorrência policial não caracteriza nenhuma das medidas preconizadas no parágrafo único do referido dispositivo legal, que interromperiam o prazo prescricional.17204. II - Apelação desprovida. Sentença confirmada.

A prescrição atua diretamente sobre o exercício do direito de ação, fazendo com que a proteção judicial desse direito não possa ser exercida, mas a regra não é absoluta, valendo as suas causas de interrupção. Vale dizer que a prescrição não irá extinguir o direito em si, mas o atingirá indiretamente pois uma vez extinta a sua forma de proteção, o direito propriamente dito normalmente ficará prejudicado, caso o seu titular não tenha agido para exercê-lo ou para, ao menos, interromper o prazo extintivo.

Desse modo, sendo o apostador contemplado pelas dezenas apostadas, deverá exercer o seu direito de perceber o prêmio no prazo prescricional de noventa dias, sob pena de vê-lo perecer.

CAPÍTULO II

EXPLORAÇÃO EXCLUSIVA DE LOTERIAS PELO ESTADO E OS SEUS AGENTES OFICIAIS

2 EXPLORAÇÃO EXCLUSIVA DE LOTERIAS PELO ESTADO E OS SEUS AGENTES OFICIAIS

Pelo presente capítulo serão apresentados os sujeitos da atividade lotérica do Estado e como cada agente se comporta em suas relações jurídicas. Trata-se da oportunidade para tomar conhecimento sobre cada instituição que figura no polo ativo da extração de loterias pela União. Essa parte do estudo é de fundamental relevância na medida em que os atributos dos potenciais fornecedores serão levados a efeito para se apurar, logo adiante (no terceiro capítulo), possível relação jurídica de consumo.

Significa dizer que, para se constatar a indigitada relação jurídica, deve-se analisar a situação fática dos agentes econômicos em estudo: “quem são”; “qual o vínculo (ou regime) jurídico”; “qual a atuação individual” e, principalmente, “qual a natureza do serviço ou produto” ofertado pela Loteria do Estado. Esta última indagação, porém, ficará sobrestada até o capítulo oportuno.

Insta salientar que nessa oportunidade se erguerá uma discussão preliminar, em que se restringirá aos aspectos subjetivos da atividade lotérica, explorada em regime de exclusividade pela União e os seus coadjuvantes.

Além dos aspectos jurídicos propriamente ditos, será observada, com pesquisa em bases de dados e relatórios públicos e privados, como está prevista em lei e como vem ocorrendo o repasse dos recursos das loterias federais para os seus respectivos setores e quais as suas controvérsias atuais. Eis, neste particular, um recorte eminentemente desenvolvimentista⁷¹ que se propõe laudas à frente.

⁷¹ No item 2.4 será analisada a “Destinação dos Recursos Captados pela Exploração de Loterias Federais”.

2.1 NATUREZA JURÍDICA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL (CEF) E SUA ATUAÇÃO NO MERCADO ECONÔMICO

O surgimento da Caixa Econômica Federal é datado de 12 de janeiro de 1861, dia em que Dom Pedro II assinou o Decreto nº 2.723, dando origem à Caixa Econômica⁷² (CEF, 2012), empresa pública, hoje, com mais de 150 anos de existência. Antes disso, porém, tratava-se de instituição, em princípio, de caráter particular e não pública que, por força daquele decreto, tornou-se oficial e instituiu a prática de poupanças que rendia aos poupadores 6% de juros ao ano (DIAS; PALMEIRA, 1996).

A instituição bancária foi criada com o propósito de incentivar adesão e o hábito à poupança e de conceder empréstimos sob penhor, a qual detém, atualmente, a exclusividade dessa modalidade de mútuo. Além desses objetivos, acredita-se que “a instituição veio combater outras que agiam no mercado, mas que não ofereciam garantias sérias aos depositantes ou que cobravam juros excessivos dos devedores” (CEF, 2012).

A este despeito, embora não seja o cerne do presente trabalho, André Ramos Tavares (*In*: CARDOSO; QUEIROZ; SANTOS, 2006) destaca a importância da intervenção do Estado na ordem econômica com o afã de inibir a exploração injusta e desequilibrada do mercado, por parte do privado, forçando uma concorrência justa e preços razoáveis.

Em meados de 1934, então, por determinação do governo federal, na égide da era Vargas, quando passaram a assumir a exclusividade dos empréstimos sob penhor, todas as casas de prego operadas por particulares foram extintas, tendo sido criado, no mesmo ano, no dia 16 de junho, o *Conselho Superior das Caixas Econômicas Federais*⁷³, restando tão somente estas para operarem tal modalidade de empréstimo (DIAS; PALMEIRA, 1996).

Todavia, a unificação, que transformou as “Caixas Econômicas Federais” em “Caixa Econômica Federal” somente veio ocorrer sob a potestade do famigerado Ato Institucional nº. 5 (AI-5), através do Decreto-Lei nº. 759, baixado pelo presidente Costa e Silva, aos 12 de agosto de 1969, nos seguintes termos:

⁷² Na ocasião, a nomenclatura ainda não tinha recebido a conotação “Federal”, o que veio ocorrer posteriormente.

⁷³ Apesar da criação de tal conselho, ainda não existia, de direito, a denominação “Caixa Econômica Federal”.

Art 1º Fica o Poder Executivo autorizado a constituir a Caixa Econômica Federal - CEF, instituição financeira sob a forma de empresa (*sic*) pública, dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e autonomia administrativa, vinculada ao Ministério da Fazenda (BRASIL, 1969).

Em razão do princípio da legalidade que rege os atos públicos, vê-se que o dispositivo supratranscrito tem o afã de constituir a estatal em baila. Antes do Decreto-Lei em discepção, o que havia na verdade, eram várias Caixas Econômicas espalhadas pelo país, independentes, que realizavam algumas operações de natureza bancária. Daí então, aquele ato normativo estabeleceu que todas as Caixas Econômicas Federais seriam reunidas em apenas uma, como pode-se observar no artigo 3º do mencionado decreto:

Art 3º O capital inicial da CFF pertencerá integralmente à União e será constituído pelo total do patrimônio líquido do Conselho Superior das Caixas Econômicas Federais e de tôdas (*sic*) as Caixas Econômicas Federais ora existentes, devidamente avaliados e cujo montante se estabelecerá através de ato do Ministro da Fazenda (BRASIL, 1969).

A lei buscou, além da unificação institucional, unir todo o patrimônio existente e construído pelas Caixas Econômicas. Já o artigo 4º do mesmo diploma legal, abaixo transcrito, complementa a ideia em discussão, demonstrando uma verdadeira “fusão”⁷⁴ das Caixas Econômicas Federais em única, constituído esta a partir de todos os patrimônios ativos e passivos, direitos e deveres de todas as *Caixas*:

Art 4º O patrimônio da CEF será constituído pelo acervo de tôdas (*sic*) as Caixas Econômicas Federais e do seu Conselho Superior, incluídos em tal acervo os haveres, direitos, obrigações e ações, bens móveis e documentos e papéis de seu arquivo que lhe serão automaticamente incorporados (BRASIL, 1969).

⁷⁴ Essa expressão está empregada no sentido comum, e não na acepção jurídica do termo, sob a ótica do Direito Econômico e Empresarial.

A partir de então a denominação “Caixa Econômica” passou a ser exclusividade da instituição federal, sendo vedada a qualquer outra instituição financeira tal utilização, conforme impõe art. 11 do Decreto-Lei nº. 759, ao dispor que “fica vedado às instituições financeiras em geral e a quaisquer outras empresas (*sic*), ressalvadas as Caixas Econômicas Estaduais já em funcionamento, o uso da denominação “Caixa Econômica”” (BRASIL, 1969). A partir do advento do diploma normativo em análise, o uso da expressão “Caixa Econômica” tornou-se de uso exclusivo da União. Excetuando, entretanto, as instituições financeiras já existentes à época de sua promulgação.

A priori, o objetivo precípuo da CEF era incentivar o uso da poupança e conceder empréstimos sob taxas de juros inferiores às que eram praticadas no mercado. Todavia, com o advento do Decreto-Lei já exaustivamente citado, os horizontes da instituição foram ampliados. Novos serviços foram incorporados, outros poderes foram conferidos, a capacidade econômica evoluiu, além de que, aquilo que eram meras caixas econômicas de abrangência nos entes federados, tornou-se uma instituição federal.

Foi nesse cenário expansionista, então, que a CEF se consolida como colaboradora da Loteria. Originalmente, o artigo 2º do Decreto-Lei nº. 759 preceitua que a Caixa Econômica Federal as seguintes finalidades:

- a) receber em depósito sob a garantia da União, economias populares, incentivando os hábitos de poupança;
- b) conceder empréstimos e financiamentos de natureza assistencial, cooperando com as entidades de direito público e privado na solução dos problemas sociais e econômicos;
- c) operar no setor habitacional, como sociedade de crédito imobiliário e principal agente do Banco Nacional de Habitação, com o objetivo de facilitar e promover a aquisição de sua casa própria, especialmente pelas classes de menor renda da população;
- d) explorar, com exclusividade, os serviços da Loteria Federal do Brasil e da Loteria Esportiva Federal nos termos (*sic*) da legislação pertinente;**
- e) exercer o monopólio das operações sobre penhores civis, com caráter permanente e da continuidade;
- f) prestar serviços que se adaptem à sua estrutura de natureza financeira, delegados pelo Governo Federal ou por convênio com outras entidades ou empresas (grifo nosso). (BRASIL, 1969).

Nesse particular, imprescinde chamar atenção para a alínea “d” do texto supratranscrito, pois, instituída pela iniciativa privada e consolidada sobre o erário público, a Caixa Econômica Federal, após 150 anos de existência, tomou um imenso porte, tornando-se um dos maiores bancos do país, engordando sob a captação de juros, taxas de serviços bancários e, principalmente, com a venda de “sonhos de riqueza”,⁷⁵ por meio da Loteria Federal do Brasil (objeto do presente estudo).

Feitas essas considerações preliminares e históricas, cumpre rememorar que a Caixa Econômica Federal (empresa pública, dotada de personalidade jurídica de direito privado), compõe o quadro da administração indireta (DI PIETRO, 2009). Eis definição doutrinária mais usual. Porém, antes mesmo de peregrinar pelo campo da doutrina, faz-se mister observar alguns preceitos legais pertinentes a este conceito, de modo que o artigo 1º do Decreto-Lei nº. 759, de 12 de agosto de 1969, inaugura a noção da personalidade jurídica da CEF:

Art 1º Fica o Poder Executivo autorizado a constituir a Caixa Econômica Federal - CEF, instituição financeira sob a forma de empresa (sic) pública, dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e autonomia administrativa, vinculada ao Ministério da Fazenda (BRASIL, 1969).

No mesmo diapasão, o estatuto da CEF, aprovado pelo decreto nº. 6.473, de 5 de junho de 2008, não indica expressamente qual a personalidade jurídica da CAIXA, entretanto, reforça o caráter de instituição financeira revestida sob a forma de empresa pública, *in verbis*: “Art. 1º A Caixa Econômica Federal - CEF é uma instituição financeira sob a forma de empresa pública, criada nos termos do Decreto-Lei no 759, de 12 de agosto de 1969, vinculada ao Ministério da Fazenda” (BRASIL, 1969).

Apesar do dispositivo supra não trazer em seu bojo a expressão “direito privado”, é cediço que a empresa pública rege-se, no que couber, pelas normas que disciplinam as empresas privadas (COELHO, 2008). Outrossim, pelo parágrafo 1º do artigo 173 da Carta

⁷⁵ Não é de olvidar que “os sonhos de riqueza” (expressão utilizada maciçamente em publicidades da Loteria Federal) são o maior trunfo da CEF para se alcançar vultosa arrecadação feita pelas loterias federais, cuja destinação será estudada mais adiante.

Magna tem-se que a Constituição Federal deixa a encargo da legislação ordinária definir o alcance da expressão :

A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores (grifo nosso) (BRASIL, 1988).

Percebe-se que a própria Constituição Federal atribui às empresas públicas o caráter de direito privado, sujeitando-as aos mesmos direitos e obrigações nas esferas cível, comercial, trabalhista e tributária. Com a Caixa Econômica Federal, obviamente, não é diferente. Conforme leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 443):

[...] a primeira lição que se tira do art. 173, § 1º, é a de que, quando o Estado, por intermédio dessas empresas, exerce atividade econômica, reservada preferencialmente ao particular pelo caput do dispositivo, ele obedece, no silêncio da lei, a normas de direito privado. Estas normas são a regra; o direito público é a exceção e, como tal, deve ser interpretado restritivamente.

Nessa mesma oportunidade, faz-se curial destacar que não se pode confundir empresa pública com sociedade de economia mista. Ambas são estatais, mas a forma de organização e a composição do capital as diferenciam. Porém a doutrina preceitua traços comuns às empresas públicas e às sociedades de economia mista, tais como a criação e extinção, personalidade jurídica de direito privado, sujeição ao controle estatal, desempenho de atividades de natureza econômica, entre outras (DI PIETRO, 2009).

A verdade é que, genericamente falando, na compreensão de empresas estatais ou governamentais incluem-se as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as empresas que, não possuindo os caracteres destas, estão submetidas ao controle do governo. “São pessoas jurídicas de Direito Privado cuja criação é autorizada por lei específica, com patrimônio público ou misto, para a prestação de serviço público ou para execução de atividade econômica de natureza privada” (MEIRELLES, 2004, p. 350).

Nessa mesma linha de pensamento, Robertônio Pessoa (*In: CARDOSO; QUEIROZ; SANTOS, 2006, p.325*), com precisão, disciplina a compreensão de empresa pública:

[...] numa ótica jurídica, as empresas públicas são pessoas jurídicas de Direito Privado, instituídas pelo Estado mediante autorização legislativa, submetidas a regime jurídico predominantemente privado [como já foi apontado acima], com participação exclusivamente estatal, com vistas à exploração de atividade econômica ou financeira [...].

Ainda para efeito de conceituação, importa citar a lição de Marçal Justen Filho (*In: CARDOSO; QUEIROZ; SANTOS, 2006, p. 376*) pela qual o “serviço público é uma atividade, o que significa que há necessidade de estruturas humanas e materiais para atuação permanente e sistemática. Sem essas estruturas não há serviço público”.

Com efeito, a instituição financeira pública, a CEF, subsidiada pelos cofres públicos, manifesta uma verdadeira intervenção do Estado no domínio econômico (atividade econômica). Embora expressamente restrita a duas ocasiões (*quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo*), seu poder foi amplamente concedido pelo art. 173 da Carta Magna (DI PIETRO, 2009).

A intervenção do Estado na ordem econômica, não somente como agente regulador, mas como agente econômico também, não é só permitida pela Lei Maior, mas, em muitos casos, podendo se falar até mesmo em garantia constitucional do setor público em coexistência com o setor privado, em determinadas esferas econômicas, como no caso do ramo financeiro (CARDOSO; QUEIROZ; SANTOS, 2006).

De fato, a Caixa Econômica Federal materializa a autorização constitucional de o Estado intervir na ordem econômica, atuando como se privado fosse, notadamente,

inscrito no requisito do “relevante interesse coletivo”, disposto no artigo 173 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Para atuar, ou manter a atividade econômica, a CEF age como verdadeiro instrumento do Estado para o alcance do seu desiderato. De tal modo, a personalidade jurídica de Direito Privado em que a empresa pública está inserida “é apenas a forma adotada para lhes assegurar melhores condições de eficiência” (MEIRELLES, 2004, p. 350).

Por fim, cumpre salientar que, muito embora a Caixa Econômica Federal (apontando-a como empresa pública) detenha relativa capacidade de auto-administração e independência (CARDOSO; QUEIROZ; SANTOS, 2006), a sua atividade está submetida aos princípios básicos da Administração pública (MEIRELLES, 2004). Daí extrai-se sua capacidade de delegar serviços às suas permissionárias (a exemplo das Casas Lotéricas), mediante licitação pública, como o reza artigo 2º, inciso IV, da lei nº. 8.987 de 13 de fevereiro de 1995.

2.2 ANÁLISE LEGAL DA DETENÇÃO EXCLUSIVA DE LOTERIAS PELA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Além das atribuições próprias de uma instituição bancária, a Caixa Econômica Federal, conforme já foi exposto em título anterior, exerce as funções de administradora de fundos, de programas sociais e de serviços delegados pelo Governo Federal, como é o caso das Loterias Federais (cerne da presente discussão) que estão sob a sua administração, por quase cinco décadas (CEF, 2012).

A autorização para realização dos concursos lotéricos era concedida também a particulares. Daí então foi que, em 27 de abril de 1884, o imperador D. Pedro II regulamentou o funcionamento das loterias, através do Decreto nº 357. Mas, tão somente no século XX é que as loterias ganharam importância, foram implementadas técnicas e métodos para a sua realização e empregada a devida transparência ao processo de sorteios (APARECIDA, 2012).

Finalmente, em 27 de fevereiro de 1967, antes mesmo da unificação e institucionalização da Caixa Econômica Federal, o presidente Castelo Branco baixou o

Decreto-Lei nº. 204, regulamentando o segmento de loterias vigente no Brasil, em que, *in verbis*: “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” (BRASIL, 1967).

Destaque-se que o mencionado dispositivo atribui às loterias o caráter de serviço público, exclusivo da União, o que deixa evidente que é o próprio Estado quem explora essa atividade. Todavia, estabelece-se a colaboração (já mencionada) da empresa pública, consoante extrai do artigo 2º do mesmo Decreto-Lei, o qual dispõe que:

a Loteria Federal, de circulação, em todo o território nacional, constitui um serviço da União, executado pelo Conselho Superior das Caixas Econômicas Federais, através da Administração do Serviço de Loteria Federal, **com a colaboração das Caixas Econômicas Federais** (grifo nosso). (BRASIL, 1967).

O diploma normativo supracitado autoriza o Poder Executivo a constituir a Caixa Econômica Federal, como empresa pública e dá outras providências, tal como dispõe, em seu artigo 2º, alínea “a”, em que “a CEF terá por finalidade explorar, com exclusividade, os serviços da Loteria Federal do Brasil e da Loteria Esportiva Federal nos termos (*sic*) da legislação pertinente” (BRASIL, 1967)

Mais tarde, o concurso de prognóstico de números foi acrescentado à modalidade de Loterias Federais através da Lei nº. 6.717 de 12 de novembro de 1979, aludindo em seu artigo 1º que:

A Caixa Econômica Federal fica autorizada a realizar, como modalidade da Loteria Federal regida pelo Decreto-lei nº 204, de 27 de fevereiro de 1967, concurso de prognósticos sobre o resultado de sorteios de números, promovido em datas prefixadas, com distribuição de prêmios mediante rateio (BRASIL, 1979).

Não se pode omitir, no que diz respeito a exploração de loterias pela Caixa Econômica Federal, a destinação dos recursos apurados com a sua atividade lotérica.

Todavia, por uma questão de coerência, estes aspectos serão abordados no próximo capítulo, em que haverá itens dedicados ao mesmo.

Até aqui, foi possível vislumbrar a tamanha esfera de atuação e atribuição de competências à Caixa Econômica Federal, instituída pela União, para que esta explore loterias e autorize sorteios realizados por empresas em geral (com exceção das instituições financeiras e outras entidades da sociedade civil). Contudo, não se pode olvidar que a questão envolve preceitos legais (e constitucionais) que não podem passar em branco.

Atualmente, a CEF é detentora exclusiva das loterias federais. Isto é, detentora exclusiva da colaboração à União. Pelo que consta, com base no Princípio da Presunção de Constitucionalidade (MORAES, 2007), a Constituição Federal de 1988 recepcionou tal norma. Isso porque ausentes normas constitucionais dispendo em contrário e inexistência de declaração de inconstitucionalidade, quanto às disposições legais que asseguraram à CEF a exclusividade da exploração das loterias federais, tendo por fundamento objetivo o diploma legal de sua criação (ANDRADE, 2008).

Nesse passo, faz-se convidativo trazer à lume que o art. 22, inciso XX, da Constituição Federal reservou expressamente à União a competência para legislar sobre loterias e sorteios no Brasil. Em algumas oportunidades, a regulação da modalidade por outro ente da federação foi veementemente resistida pelo Supremo Tribunal Federal, consoante se depreende dos julgamentos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADI nº 2847-2 (BRASIL, 2004)⁷⁶ e 2948-7 (BRASIL, 2005)⁷⁷.

Além da norma constitucional ventilada nos julgamentos das mencionadas ADI, o próprio Decreto-Lei nº. 204/1967 preceitua que a exploração de loteria pela União constitui verdadeiro serviço público. Segundo o Princípio da Presunção de Constitucionalidade (ANDRADE, 2008), a Constituição Brasileira teria recepcionado esta disposição legal. Contudo, note-se que o comando constitucional insculpido no art. 21 (o

⁷⁶ CONSTITUCIONAL. LOTERIAS. LEIS 1.176/96, 2.793/2001, 3.130/2003 e 232/92, DO DISTRITO FEDERAL. C.F., ARTIGO 22, I E XX. I. – A Legislação sobre loterias é da competência da União: C.F., art. 22, I e XX. II. – Inconstitucionalidade das Leis Distritais 1.176/96, 2.793/2001, 3.130/2003 e 232/92. III. – ADI julgada procedente.

⁷⁷ AÇÃO DIREITA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 2º DO ARTIGO 62 DA LEI N. 7.156/99 DO ESTADO DO MATO GROSSO. INSTALAÇÃO E OPERAÇÃO DE MÁQUINAS ELETRÔNICAS DO JOGO DE BINGO NAQUELE ESTADO-MEMBRO. MATÉRIA AFETA À COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. 1. A Constituição do Brasil determina expressamente que compete à União legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios (art. 22, inciso XX). 2. A exploração de loterias constitui ilícito penal. Nos termos do disposto no art. 22, inciso I, da Constituição, lei que opera a migração dessa atividade do campo da ilicitude para o campo da licitude é de competência privativa da União. 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente.

qual trata dos serviços públicos) não faz qualquer referência da atividade lotérica do Estado como “serviço público”.

Mostra-se, por vezes, paradoxal que a legislação normalizadora e instituidora das loterias a defina como “serviço público” e, simultaneamente, como “derrogação excepcional de normas de direito penal”. Já foi dito no capítulo anterior⁷⁸, é estranho conceber (inclusive sob o ponto de vista constitucional) que o Estado tome para si, como serviço público, uma atividade considerada, em princípio, como contravenção penal.

Nesse contexto, Milso Nunes Veloso de Andrade (2008) menciona que constitucionalidade material dos diplomas infraconstitucionais e das normas administrativas que atribuem competências executivas à CEF, no campo da exploração de loterias e da respectiva autorização de sorteios é passiva de questionamento. Em Nota Técnica emitida à Câmara dos Deputados, o consultor legislativo (Sistema Financeiro, Direito Empresarial, Direito Econômico, Defesa do Consumidor e Finanças em Geral) Milso de Andrade, cita algumas ocasiões em que a inconstitucionalidade material dos diplomas infraconstitucionais que tratam da exploração de Loteria podem ser ventiladas:

- (a) diante da omissão do texto constitucional em relação à atividade enquanto “serviço público”, afetando a recepção de normas pré-constitucionais e ensejando interpretação apenas quanto à lógica de organização do Estado, definida conforme a Constituição vigente;
- (b) diante dos dispositivos constitucionais que definem competências ou finalidades para as empresas públicas, como instrumentos de exploração direta da atividade econômica pelo Estado como imperativo de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo;
- (c) diante de normas legais que indevidamente permitem ao Poder Público a exploração de atividade tida como ilícita para o particular, e que a conceituam, simultânea e paradoxalmente, como serviço público (e este, não passível de concessão);
- (d) diante da restrição da atividade privada na exploração de loterias, caso redefinida como lícita e desqualificada como serviço público da União (ANDRADE, 2008).

No que diz respeito à restrição da atividade privada na exploração de loterias, é possível vislumbrar eventual oposição ao princípio da livre iniciativa e obstaculização da iniciativa privada, assevera o mencionado parecerista, destacando, ainda, que as normas

⁷⁸ Vide item 1.3.2.

de controle estabelecidas com vistas a prevenir o cometimento de delitos contra a economia popular devem ser objeto de execução por órgãos da administração direta ou autarquias, instituídas com poder de polícia, poderes estes que fogem da alçada da empresa estatal.

Vê-se que há uma série de passos históricos, cronologicamente organizados, em que a Caixa Econômica Federal evolui até chegar à exploração exclusiva das Loterias Federais. Para exploração de tal atividade, a estatal necessita, entre outros, delegar funções para outrem. É o que será estudado no próximo título.

2.3 VÍNCULO JURÍDICO E ATRIBUIÇÕES DAS CASAS LOTÉRICAS (PERMISSIONÁRIAS) DELEGADAS PELA CEF

O estudo das permissionárias delegadas pela Caixa Econômica Federal é de suma importância, uma vez que o instituto da permissão, regido pelo Direito Administrativo, aponta para uma direção diferenciada, no que tange à relação jurídica entre os personagens que figuram a exploração de loterias. Antes mesmo de mencioná-las, contudo, cumpre apontar alguns conceitos, nos termos da legislação pertinente em vigor e da doutrina majoritária.

É imprescindível abrir essa discussão com a disposição da Lei Maior, a qual prevê em seu artigo 175 que “incube ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos” (BRASIL, 1988). Vê-se que a Constituição Federal de 1988 deixou expressamente autorizada a delegação de serviços públicos⁷⁹ a outrem, mediante regime de concessão ou permissão, na forma da lei⁸⁰.

Dispõe, também, a Carta Magna, que tal lei disporia sobre “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” (BRASIL, 1988). Trata-se, então, da lei nº. 8.987 de

⁷⁹ Nesse sentido, já foi visto que o Decreto-Lei nº. 204 define a Loteria como serviço público. Vide 2.2.

⁸⁰ Trata-se de uma norma programática que foi atendida em 1995 com o advento da Lei nº. 8.987.

13 de fevereiro de 1995, cognominada “Lei das Concessões e Permissões de Serviços Públicos”. Nesta, em seu art. 2º, dispõe que:

Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

(omissis)

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 (BRASIL, 1995).

O instituto da permissão só aparece na mencionada lei por duas vezes: uma no inciso IV do artigo 2º (supra); e a outra no artigo 40, dispondo a sua forma e características, *in verbis*:

a permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente (BRASIL, 1995).

Embora não seja a finalidade deste trabalho, faz-se bastante informar que nem a Constituição Federal nem a lei fazem diferenciação significativa entre os institutos da concessão e permissão. A doutrina, todavia, neste mister, ainda não entrou em consenso, divergindo ao longo dos anos quanto a distinção entre ambos.

Romeu Felipe Barcellar Filho (*in*: CARDOSO; QUEIROZ; SANTOS, 2006, p. 132) entende que a “Carta Magna alterou a natureza jurídica da permissão, outorgando-lhe cunho contratual e eliminando, em princípio, qualquer distinção que pudesse ser feita entre esta e a concessão”. Para Hely Lopes Meirelles (2004, p. 353), contudo, há consideráveis distinções entre ambos regimes, conforme pode-se aferir:

Todos são modalidades de serviço delegados ao particular, apenas por formas e com garantias diferentes: a concessão é delegação contratual e, modernamente, legal; a permissão e a autorização constituem delegações por

ato unilateral da Administração; aquela com maiores formalidade e estabilidade para o serviço; esta com mais simplicidade e precariedade.

Todavia, o que parece mais sóbrio é apontar que “a diferença está na forma de constituição, pois a concessão decorre de acordo de vontade e, a permissão, de ato unilateral; e na precariedade existente na permissão e não na concessão” (DI PIETRO, 2009, p. 301).

O mais importante, neste item, é destacar as características principais do instituto da permissão. Para tanto, usar-se-á o rol editado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 302-303), o qual elenca os pontos mais determinantes do instituto em análise:

é contrato de adesão, precário e revogável unilateralmente pelo poder concedente (em conformidade com o art. 175, parágrafo único, inciso I, da Constituição, e do art. 40 da Lei nº 8.987/95), embora tradicionalmente seja tratada ela doutrina como ato unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, intuitu personae.

Depende sempre de licitação, conforme artigo 175 da Constituição.

seu objeto é a execução de serviço público, continuando a titularidade do serviço com o Poder Público.

o serviço é executado em nome do permissionário, por sua conta e risco.

o permissionário sujeita-se às condições estabelecidas pela Administração e a sua fiscalização.

como ato precário, pode ser alterado ou revogado a qualquer momento pela Administração, por motivo de interesse público.

não obstante seja de sua natureza a outorga sem prazo, tem a doutrina admitido a possibilidade de fixação de prazo, hipótese em que a revogação antes do termo estabelecido dará ao permissionário direito à indenização; é a modalidade que Hely Lopes Meirelles (2003:382) denomina de permissão condicionada e Cretella Júnior (1972:112-113) de permissão qualificada.

Postas as características acima descritas, cumpre lembrar que a Caixa Econômica Federal mantém com a Casa Lotérica (pessoa jurídica de Direito Privado, permissionária de serviço público) vínculo jurídico através de contrato de adesão firmado entre ambos.

Além das cláusulas do contrato firmado entre permitente e permissionária, as atividades das lotéricas são regulamentadas por *circulares*, que consistem em “ordens escritas, de caráter uniforme, expedidas a determinados funcionários ou agentes administrativos incumbidos de certos serviços, ou do desempenho de certas atribuições

em circunstâncias especiais” (MEIRELLES, 2004, p. 102). São, portanto, ordens expedidas pela autoridade administrativa aos seus subordinados (DI PIETRO, 2009).

Nesse particular, é importante informar que, devida a escassez de literatura que trate do vínculo jurídico entre casas lotéricas e a CEF, as informações postas a este respeito são extraídas, basicamente, das cláusulas do modelo padrão do *contrato de adesão para comercialização das loterias federais, na categoria casa lotérica ou unidade simplificada de loterias, firmado entre a Caixa Econômica Federal e a empresa interessada* (CEF, 2012)⁸¹. Trata-se de um credenciamento para revenda dos bilhetes da Loteria.

O credenciamento de revendedores está previsto no art. 21 do Decreto-Lei nº 204, de 1967 e deve obedecer ao disposto no art. 175, *caput*, da Constituição Federal. Significa que a CEF pode delegar a venda de bilhetes e até pagamento de prêmios⁸² às casas lotéricas. Todavia, há uma ressalva: a realização dos sorteios deve ser feita diretamente pela Caixa Econômica Federal, não podendo ser delegada tal como os demais atos retro mencionados.

Já o regime de permissão aplicável às Casas Lotéricas obedece às regras da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, com especial atenção para o disposto nos arts. 1º⁸³ e 14⁸⁴, que exigem a aplicação da legislação própria de licitação e contratos da administração pública. A CEF também se obriga às rédeas dessa lei, por ser empresa pública e integrante da administração indireta da União.

Insta rememorar, ainda, que o art. 119 da cognominada Lei de Licitações e Contratos atribui competência às empresas estatais para editar regulamento próprio, desde que devidamente aprovado pela autoridade superior a que se vincula (Ministro de Estado da Fazenda) e publicado na imprensa oficial (sujeito, porém, o texto, às disposições da referida lei). Daí a autonomia para celebrar contratos.

⁸¹ O modelo de contrato de adesão não foi inserido como anexo nessa obra, pois se encontra disponível para download na página virtual da Caixa Econômica Federal.

⁸² Os prêmios de loteria com valor de até mil reais pode ser resgatado no balcão da permissionária Casa Lotérica (CEF, 2012).

⁸³ 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, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos (BRASIL, 1995).

⁸⁴ 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 (BRASIL, 1995).

Quanto ao acordo de vontade, há que consignar que “todas as cláusulas dos contratos administrativos são fixados unilateralmente pela Administração” (DI PIETRO, 2009, p. 301). Por isso não há que se falar em discussão das cláusulas contratuais, mas tão somente adesão a elas. De acordo com a cláusula inaugural do contrato de adesão entre a CEF e as Casas Lotéricas, o objeto do pacto consiste na “autorização para a comercialização das loterias administradas pela CAIXA, concedida por meio do regime de permissão, na categoria Casa Lotérica”, conforme dispõe a circular nº. 471 de 5 de maio de 2009 (CEF, 2009).

Estranhamente o referido contrato aduz que o seu objeto consiste em “autorização”. Parece-se incorrer em erro terminológico, uma vez que este instituto nada tem a ver com a permissão. Para Di Pietro (2009, p. 267), os serviços públicos autorizados “não são atividades abertas à iniciativa privada, nem sujeitas ao princípio da ordem econômica previstos no artigo 170”. A mencionada doutrinadora leciona que os serviços públicos autorizados não são prestados a terceiros, como a concessão e permissão, mas ao próprio particular beneficiário da autorização⁸⁵.

Feita a observação supra, faz-se curial dizer que, consoante já foi dito da precariedade existente na permissão (DI PIETRO, 2009), a Administração poderá a qualquer momento, a bem do interesse público, modificar ou estabelecer novas condições para outorga ou revogação da permissão, em função do caráter de precariedade e revogabilidade unilateral inerente à essência do regime de permissão, bem como poderá rever, a qualquer tempo, os percentuais e os valores das tarifas de remuneração pagas à permissionária, decorrentes da prestação de serviços, desde que respeitado o equilíbrio econômico-financeiro das partes. Vale destacar que “o poder de alteração e rescisão unilateral do contrato administrativo é inerente à Administração, que podem ser feitas ainda que não previstas expressamente em lei ou consignada em cláusula contratual” (MEIRELLES, 2004, p. 135).

⁸⁵ Por inteligência da lei nº. 8.987/95, percebe-se que existem três modalidades de “autorização”, as quais: a) autorização de uso – em que um particular é autorizado a utilizar bem público de forma especial, como na autorização de uso de uma rua para realização de uma quermesse; b) autorização de atos privados controlados – em que o particular não pode exercer certas atividades sem autorização do poder público, são atividades exercidas por particulares mas consideradas de interesse público. c) autorização de serviços públicos – coloca-se ao lado da concessão e da permissão de serviços públicos, destina-se a serviços muito simples, de alcance limitado, ou a trabalhos de emergência. Entretanto, não se confunde com permissão nem com concessão (BRASIL, 1995).

Do contrato de adesão em comento, a CEF ainda pode aplicar penalidades, em caso de descumprimento contratual ou irregularidade cometida pela permissionária. As penalidades previstas no contrato estão previstas postas no artigo 58, inciso IV, da lei 8666/93, o que demonstra que é prerrogativa da Administração aplicar sanções de natureza administrativa (DI PIETRO, 2009).

Os atributos fiscalizadores e sancionadores do poder permitente e o vínculo contratual entre ambos demonstram que as permissionárias não consistem em uma extensão da administração pública, mas atuam por sua conta e risco, por força de um contrato. As suas atividades são limitadas em um instrumento pactual e devem ser observadas, nos termos deste (CARDOSO; QUEIROZ; SANTOS; 2006).

Não obstante o caráter de Direito Privado impregnado na teoria geral dos contratos, entende-se que tal instituto não pertence nem ao Direito Privado, nem ao Direito Público. Insere-se no Direito, e como tal deve ser estudado e compreendido. Há quem defenda, ainda, que os princípios *Lex inter partem* e *pacta sunt servanda*⁸⁶, devem ser observados no âmbito da administração pública (CARDOSO; QUEIROZ; SANTOS; 2006). Todavia, a nova conjuntura contratual está mudando os rumos da interpretação dos pactos (MARQUES, 2006).

Feitas essas considerações, faz-se importante destacar que, sendo o serviço público prestado pelas Casas Lotéricas considerados impróprios, pois “correspondem a atividades privadas e recebem impropriamente o nome de serviços públicos porque atendem a necessidades do interesse geral” (DI PIETRO, 2009, p. 109), esse tipo de serviço, mormente executado por concessionárias ou permissionárias, são custeados pelas tarifas ou “preços públicos”⁸⁷ pagos pelos usuários, consoante se extrai do artigo 9º da Lei nº. 8.987/95⁸⁸, a cognominada Lei das Concessões e Permissões, (BRASIL, 1995). Veja que quem remunera a casa lotérica pelo serviço prestado é o próprio usuário, *in casu*, o apostador⁸⁹.

⁸⁶ Em que o contrato faz lei entre as partes e o que foi firmado deve ser observado.

⁸⁷ Nesse particular, vide itens 3.1.2 e 3.1.3.

⁸⁸ A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

⁸⁹ Ainda, nessa fase da pesquisa, não se ousa chamar o “usuário do serviço” de “consumidor”, cuja terminologia será empregada (ou não) em momento oportuno, quando da análise da existência da relação jurídica de consumo. Vide Capítulo terceiro.

Sem a intenção de esgotar a discussão, visto que há muitas nuances a serem debatidas, limita-se o presente título em expor até o presente ponto, posto que, conforme já se mencionou, definir o instituto da permissão e estudar o vínculo jurídico entre a CEF e as permissionárias será imprescindível para efeitos futuros, quando do estudo da relação jurídica de consumo e responsabilização cível no âmbito da Loteria.

2.4 DESTINAÇÃO DOS RECURSOS CAPTADOS PELA EXPLORAÇÃO DE LOTERIAS FEDERAIS

A extração de loterias no Brasil foi iniciada com notória feição de política definida. A arrecadação com os bilhetes tinha objetivo público específico e visava o desenvolvimento de determinados setores, em notória ação de política pública. Mas, antes de tecer mais sobre o assunto, faz-se convidativo entender o sentido jurídico de política pública e desenvolvimento. Aliás, o que importa a política pública para o Direito? E o desenvolvimento, onde cabe no cenário jurídico?

Embora seja originário da Ciência Política e da Ciência da Administração Pública, Política Pública é tema de grande relevância para o pesquisador do Direito, notadamente porque permite ao estudioso abrir os olhos para demandas sociais que norteiam a construção de normas jurídicas (BUCCI, 2006).

Segundo Fábio Comparato (1997, p. 239), Política Pública pode ser conceituada como “programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.

O desenvolvimento, por sua vez, não pode ser confundido com crescimento ou expansão. Parafraseando Jane Jacobs (2001), o primeiro consiste em transformação qualitativa, já o segundo implica em mudança quantitativa. O desenvolvimento está em todas as coisas. Tudo pode se desenvolver, desde uma simples bactéria a uma complexa galáxia; de uma pequena comunidade a uma imensa nação (JACOBS, 2001). O desenvolvimento ou crescimento vai se aperfeiçoar de acordo com prioridades e políticas públicas elaboradas pelo Estado.

Indubitavelmente, o Estado é o principal agente estimulador do desenvolvimento e, para que isso ocorra, é curial recorrer ao processo de formação de políticas públicas, a qual decorre do resultado de interação de fatores econômicos, políticos e ideológicos (BERCOVICI, 2006).

Aliás, desde a edição da Constituição da Alemanha, em 1919, com o compromisso aberto de renovação democrática, o Estado começou a admitir o dever de agir positivamente, seja no campo dos direitos sociais, seja na ordem econômica. Através de políticas públicas e programas de governo, coube ao Poder Público a redistribuição de renda e reestruturação de políticas de investimento (FEITOSA, 2011), notadamente com vistas ao desenvolvimento.

Saliente-se, contudo, que nem toda política pública está voltada para o desenvolvimento. Algumas visam responder a demandas, principalmente de setores marginalizados da sociedade, considerados como vulneráveis. Ou seja, suprir uma deficiência que não necessariamente implicará em desenvolvimento. Políticas Públicas com essa finalidade, aliás, são típicas de nações em subdesenvolvimento (FURTADO, 1961). Ainda outras são necessárias para se regular conflitos entre os diversos atores sociais que, mesmo hegemônicos, têm contradições de interesses que não se resolvem por si mesmas ou pelo mercado e necessitam de mediação⁹⁰.

Todavia, “tal conceito vai além da idéia [*sic*] de que uma política pública é simplesmente uma intervenção do Estado numa situação social considerada problemática” (DI GIOVANNI, 2009), mas podem ser elaboradas com o intuito de se estabelecer programas de desenvolvimento, a partir da estimulação ou prevenção de determinados setores.

Tais Políticas Públicas podem surgir em forma de leis, a exemplo das Leis nº. 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente), nº. 12.305/2010 (Política Nacional dos Resíduos Sólidos), nº. 9.433/97 (Política Nacional de Recursos Hídricos). Outras surgem da pura discricionariedade do Poder Executivo, a exemplo de licitações para contratação de empresa de transporte público. O Programa Universidade para Todos – PROUNI, criado por medida provisória (nº. 213/04) e posteriormente convertida em lei (nº.

⁹⁰ Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor, segundo entendimento de Carla Rister (2007), perfaz verdadeira intervenção do Estado através de uma política pública regulatória.

11.096/2005), por exemplo, se concretiza em verdadeiro fim de política pública. Esse entendimento é corroborado por Maria Paula Dallari Bucci (2006).

E a Loteria explorada pelo Poder Público, como fica nesse cenário até agora esboçado? Inicialmente, cumpre rememorar que, no Brasil, as loterias são exploradas pelo governo Federal e não se desenvolvem no âmbito dos Estados (pois foi vedado pelo Decreto-Lei nº. 204/67), principalmente em razão da centralização do papel desempenhado pela União nos recursos públicos. A organização do Estado nacional centraliza no governo federal grande parte dos recursos provenientes dos impostos e taxas, o que faz com que sua influência na economia nacional seja maior do que o dos entes federados (COSTA BARBOSA, 2005).

Quando eram extraídos nos estados federados⁹¹, os primeiros sorteios de apostas, no século XIX, na cidade de Ouro Preto (antiga Vila Rica), foram realizados com o objetivo de construir o prédio da cadeia pública e da câmara municipal (APARECIDA, 2012). De igual modo, a Loteria do Estado de Rio Grande do Sul (1891) destinava parte dos seus recursos para a Santa Casa de Misericórdia; em São Paulo (1909), a arrecadação dos bilhetes beneficiava o Hospital de Montepios.

Além de alimentar os *sonhos de riqueza*⁹² de milhões de apostadores em todo país, com seus prêmios milionários, as Loterias administradas pela CEF também constitui fonte segura e constante de recursos para financiar o chamado desenvolvimento social e planos assistenciais, pois “ainda que o apostador não ganhe o prêmio, a sociedade como um todo é beneficiada, na medida em que a cada R\$ 1,00 apostado, R\$ 0,48 são transferidos para os ministérios beneficiários e projetos sociais para investimento em áreas prioritários para o País” (CEF, 2012).

Atualmente, os recursos captados pela Loteria da União são destinados a diversos programas sociais e ministérios do Governo Federal. O Estado encontrou nas loterias uma incomensurável fonte de enriquecimento do erário. Este, por sua vez, subsidia inúmeros investimentos do governo e obras sociais⁹³.

A CEF capta bilhões de reais em vendas de cupons lotéricos. E a cada ano a arrecadação aumenta. Entre os anos de 2006 e 2011, por exemplo, os brasileiros

⁹¹ Antes da regulamentação federal que unificou e monopolizou as loterias para o domínio da União, cada estado federado podia extrair o seu próprio jogo lotérico.

⁹² Expressão empregada pela Caixa Econômica Federal em propagandas da Loteria Federal.

⁹³ Os percentuais e beneficiários desses repasses são previstos em leis.

apostaram mais, elevando o montante arrecadado para além do dobro, conforme demonstra arrecadação da loteria a seguir (gráfico 01):

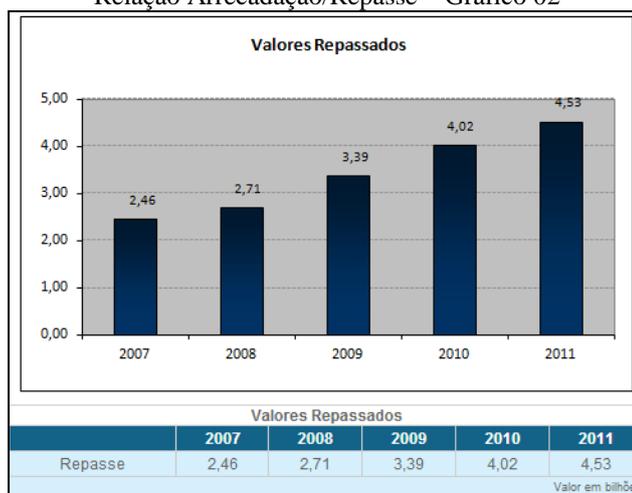


CEF, 2012 – Números em Bilhões de Reais

As apostas duplicaram em um interstício de quatro anos. Em 2006 a arrecadação representou 3,9 bilhões de reais. No ano de 2010, a CEF captou mais de 8,8 bilhões de reais com a venda de bilhetes lotéricos. Essa cifra representa 2,39% do PIB nacional (IBGE, 2011) e 5,91% da receita bruta da União (PORTAL DA TRANSPARENCIA, 2011). Já no ano de 2011, o faturamento chegou a quase 10 bilhões de reais.

Em que pese a arrecadação do ano de 2011 ter correspondido a 9,7 bilhões de reais, o repasse aos programas assistenciais só chegaram a 4,53 bilhões no mesmo ano. Menos da metade. Veja o gráfico (02) de repasses dos últimos cinco anos:

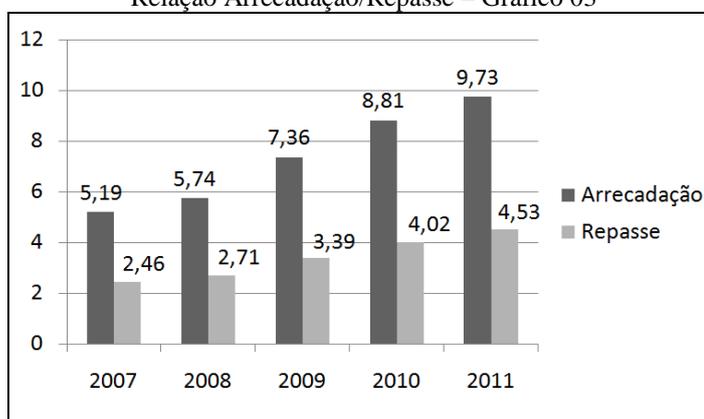
Relação Arrecadação/Repasse – Gráfico 02



CEF (2012) – Valor em bilhões de reais

Procedendo-se a uma comparação, tem-se que os valores repassados correspondem a menos da metade de tudo que é arrecadado. Observe-se a relação arrecadação/repasse da Loteria (gráfico 03).

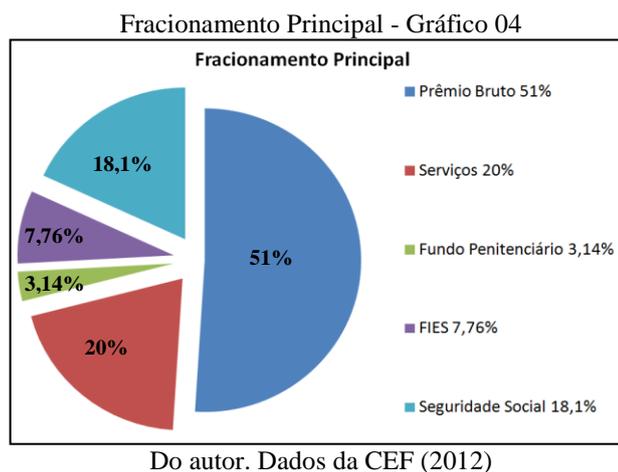
Relação Arrecadação/Repasse – Gráfico 03



Do autor. Número em Bilhões. Dados Extraídos da CEF (2012)

O que importa, contudo, para o presente tópico é a destinação de tamanho recurso. A divisão dos recursos não é de fácil entendimento e se procede particionamentos em duas fases diferentes. Por se tratar de números, expressão não muito comum entre os estudiosos do Direito, fez-se por bem expressá-los em alguns gráficos para melhor exposição dos percentuais tratados a seguir.

Inicialmente, existe uma divisão primária, sobre a qual, posteriormente, é procedida outra partição. Sobre todo o montante arrecadado é procedido um fracionamento principal em cinco partes distintas, consoante demonstra abaixo (gráfico 04):



De todo o montante arrecadado é deduzido o percentual de 51% destinado ao total do prêmio bruto (do prêmio, posteriormente, é subtraído outros percentuais); 7,76% ao Fundo de Financiamento de Ensino Superior – FIES⁹⁴; 3,14% ao Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN; e à seguridade social 18,10% (CEF, 2012). Vejam-se esses percentuais expressos em valores (em milhões de reais) nos últimos anos (gráficos 05, 06 e 07):

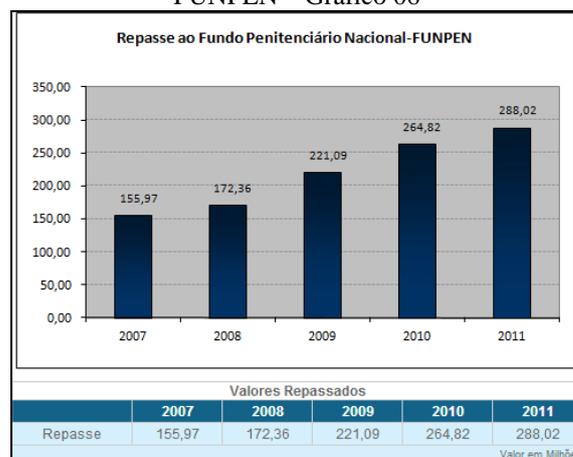
⁹⁴ O IBGE (2011) aponta que 75% dos estudantes do ensino superior estão em instituições privadas. O MEC (2011) informa que, da rede privada de ensino, cerca de 30% de alunos são bolsistas. Desse número, 82,5% são subsidiados com recursos do FIES. O programa existe desde 1999, conta com mais de 1.459 instituições de Ensino Superior credenciadas, recebe recursos na ordem de 6 bilhões de reais e já beneficiou mais de 560 mil estudantes (CEF, 2012).

Repasso ao Fundo de Investimento do Estudante Superior - Gráfico 05



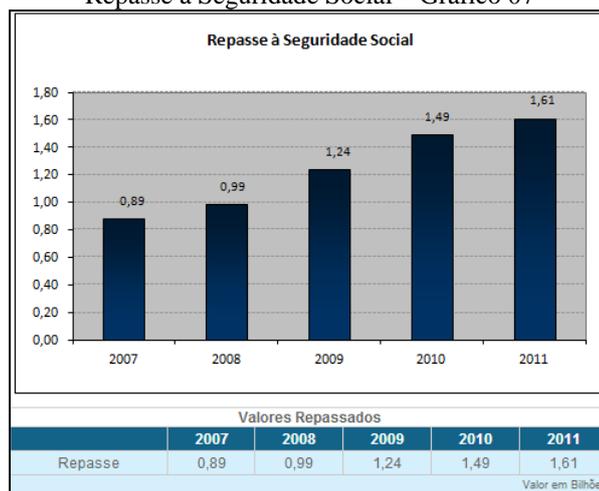
CEF (2012)

Repasso ao Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN – Gráfico 06



CEF (2012)

Repasso à Seguridade Social – Gráfico 07

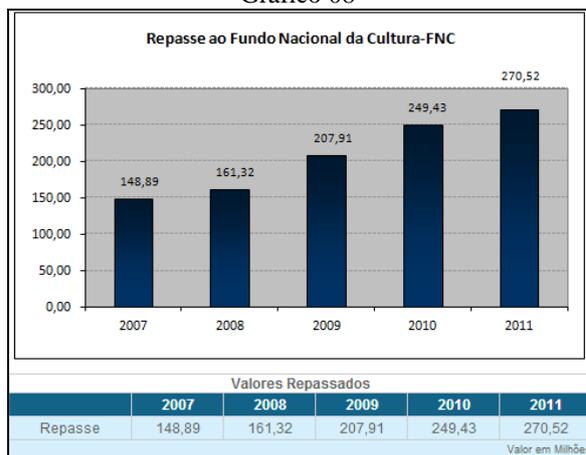


CEF (2012).

Além desses valores, tem-se o percentual de 20% referente às despesas de custeio e manutenção de serviços (sendo que 10% é para tarifa de administração da CEF, 9% de comissão das Casas Lotéricas e 1% referente ao Fundo de Desenvolvimento das Loterias – FDL). Os percentuais acima descritos, porém, não são todos. Incidem, ainda, algumas deduções sobre o valor total do prêmio (51%), os quais são distribuídos da seguinte forma: 1,7% ao Comitê Olímpico Brasileiro – COB; 0,3% ao Comitê Paraolímpico Brasileiro – CPB; 3% ao Fundo Nacional de Cultura - FNC; e 13,80% para o imposto de

renda federal⁹⁵. Observem-se os gráficos (08 e 09, respectivamente) com demonstrativos dos valores dos repasses (em milhões de reais) para os dois últimos segmentos citados:

Repasso ao Fundo Nacional de Cultura – FNC –
Gráfico 08



CEF (2012)

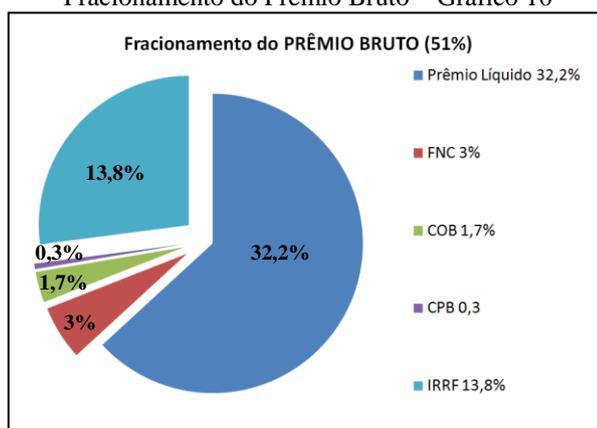
Repasso ao Imposto de Renda – Gráfico 09



CEF (2012)

Para melhor compreensão, observe-se o fracionamento do prêmio bruto na ilustração a seguir (gráfico 10).

Fracionamento do Prêmio Bruto – Gráfico 10



Do autor. Dados extraídos da CEF (2012).

⁹⁵ Nesse caso, está-se levando em consideração os percentuais da Mega Sena, pois cada modalidade de loteria de prognóstico numérico (quina, lotomania etc) tem o seu próprio percentual de destinação, em razão da quantidade de bilhetes que são vendidos e da probabilidade de ganho.

No caso dos 13,80% do IRRF citado acima, tal percentual não se refere à alíquota do imposto de renda (pois esta é de 30%), mas à porcentagem que é diminuída do total arrecadado. A alíquota da tributação da renda só incide sobre o valor que é destinado ao pagamento do prêmio ao apostador vencedor. Ou seja, só é considerada renda aquela parcela do faturamento que é destinada ao prêmio. Significa que o percentual de 30% (alíquota do IRRF) incidirá sobre a porcentagem de 51% (índice destinado ao prêmio), depois de deduzidos os demais descontos (3% para o FNC, 1,7% para o COB e 0,3% para o CPB). Em outras palavras, após deduzir estes percentuais menores, quando se subtrai o valor de 13,80% da importância de 51% corresponderá exatamente à alíquota do Imposto de Renda Retido na Fonte: 30%⁹⁶.

Explica-se. Tome-se por hipótese um número “arredondado” e imagine-se que a Mega Sena arrecadou 100 milhões de reais com a venda dos bilhetes. Desse valor, será destinado o percentual de 51% para pagamento do prêmio bruto, o que corresponde a 51 milhões de reais. Dessa importância, serão subtraídas as cifras de 3% para o FNC, 1,7% para o COB e 0,3% para o CPB, equivalente a R\$ 5 milhões de reais. Remanesçam R\$ 46 milhões, oportunidade em que irá incidir o Imposto de Renda. Assim, deduz-se o percentual de 13,8% desse saldo, a título de IRRF, o que representará R\$ 13,8 milhões de reais. E este valor corresponde a 30% de R\$ 46 milhões, ou seja, a alíquota do imposto de renda retido na fonte, no termos do art. 676 do Decreto 3000/99⁹⁷.

Observe-se também que, se os percentuais destinados ao Fundo Nacional de Cultura, ao Comitê Olímpico Brasileiro e ao Comitê Paraolímpico Brasileiro são subtraídos do total do “prêmio bruto”, significa dizer que existe uma “contribuição

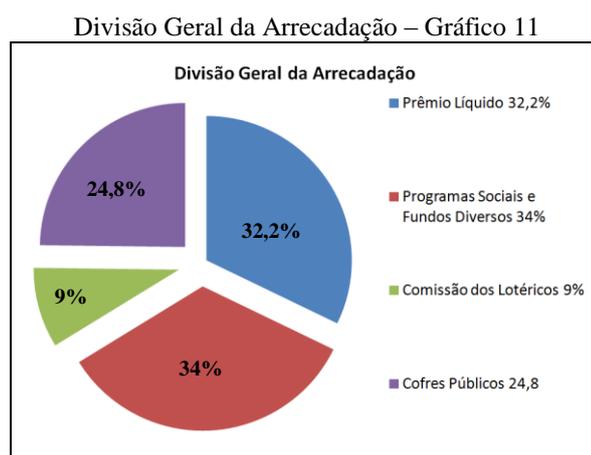
⁹⁶ Em uma sintética fórmula matemática, é possível expressar tais deduções com a seguinte equação: $PL = PB - (FNC + COB + CPB) - AIR$. Sendo que $PB = AT/100.51$. Logo, $IRRF = AT/100.13,8$. Transformando as porcentagens em valores monetários, tem-se que $AIR = IRRF$. Considere ainda as seguintes legendas: PL: Prêmio Líquido; PB: Prêmio Bruto; FNC: percentual destinado ao Fundo Nacional de Cultura (3%); COB: percentual destinado ao Comitê Olímpico Brasileiro (1,7%); CPB: percentual destinado ao Comitê Paraolímpico Brasileiro (0,3%); AIR: Alíquota do Imposto de Renda (30%). AT: Arrecadação Total; e IRRF: percentual do Imposto de Renda Retido na Fonte.

⁹⁷ Art. 676. Estão sujeitos à incidência do imposto, à alíquota de trinta por cento, exclusivamente na fonte: I - os lucros decorrentes de prêmios em dinheiro obtidos em loterias, inclusive as instantâneas, mesmo as de finalidade assistencial, ainda que exploradas diretamente pelo Estado, concursos desportivos em geral, compreendidos os de turfe e sorteios de qualquer espécie, exclusive os de antecipação nos títulos de capitalização e os de amortização e resgate das ações das sociedades anônimas (Lei nº 4.506, de 1964, art. 14) (BRASIL, 1999).

compulsória” do apostador vencedor para as referidas entidades. Isto é, sem falar da contribuição previdenciária e do Imposto de Renda Retido na Fonte.

Deduzidos tais percentuais, o prêmio líquido que vai efetivamente para o patrimônio do contemplado corresponde a 32,2% de tudo que é arrecadado. E este é o percentual estimado e ofertado na publicidade e propaganda da Loteria administrada pela CEF. Daí, quando a mega-sena, por exemplo, está acumulada em R\$ 32,2 milhões de reais, significa dizer que, de tal valor, já estão subtraídos todos os percentuais expostos anteriormente – e que o total arrecadado teria sido de R\$ 100 milhões. Ou seja, o prêmio ofertado é líquido (32,2% do montante arrecadado) e livre de qualquer contribuição ou obrigação fiscal. O numerário que é transferido para o patrimônio do apostador vencedor é líquido.

Assim, com base nos relatórios periódicos publicados pela CEF, é possível constatar que, de todo o montante arrecadado, o percentual de 32,2% é destinado ao prêmio líquido; 34% são repassados a programas sociais e fundos diversos; 9% à comissão dos lotéricos e 24,80% são destinados aos cofres públicos (sendo 13,80% de IRRF e 10% de “remuneração” à CEF e 1% para o desenvolvimento das loterias) sem destinação específica. Veja a divisão geral da arrecadação (gráfico 11):

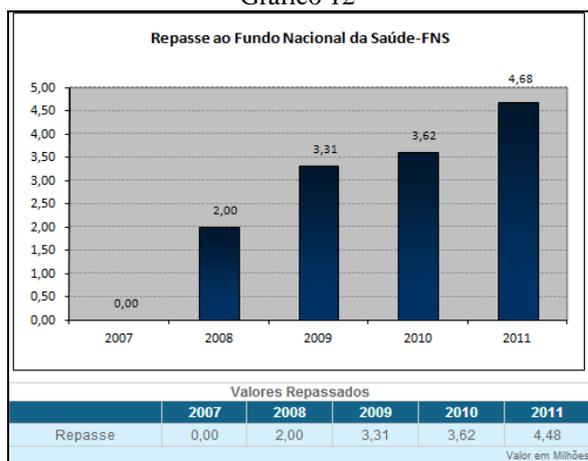


Do autor. Dados Extraídos da CEF (2012)

Além dos números delineados neste estudo, existem ainda os valores referentes aos prêmios prescritos e não reclamados⁹⁸, cujos recursos não têm o seu destino publicado⁹⁹. A Caixa Econômica Federal (gestora exclusiva) não publicou qualquer relatório ou gráfico sobre tais valores.

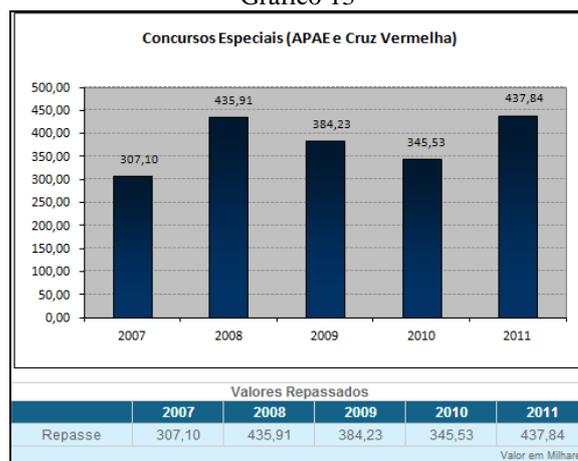
Outros segmentos também são beneficiados, a exemplo do Fundo Nacional de Saúde – FNS, a Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais – APAE e a Cruz Vermelha, em percentuais não publicados pela CEF. Todavia, de acordo com o último relatório publicado pela instituição, a primeira foi beneficiada com 4,68 milhões de reais em 2011 e a segunda com pouco menos de 438 mil reais no mesmo período, conforme demonstra o gráfico (00) abaixo:

Repasse ao Fundo Nacional de Saúde– FNS –
Gráfico 12



CEF (2012)

Concursos Especiais (APAE e Cruz Vermelha) –
Gráfico 13



CEF (2012)

A Loteria não é simplesmente um entretenimento ou chance de riqueza posta ao povo brasileira pelo governo federal. Na verdade, trata-se de um nascedouro constante de renda para o Estado. Este encontrou nas loterias uma incomensurável fonte de arrecadação para o erário. Parte da receita angariada pela atividade lotérica tem percentuais pré-destinados a programas sociais e fundos de cunho cultural, esportivo, etc. Nesse ponto, a

⁹⁸ Quanto aos prêmios não pagos, “tramita no Senado desde junho [de 2011] um projeto de lei (PLS 313/11) que destina ao Programa Saúde da Família todos os prêmios das loterias federais que não forem retirados no prazo previsto. O autor da proposta é o senador Paulo Davim (PV-RN)”. (SENADO FEDERAL, 2012).

⁹⁹ Em estudo elaborado pela assessoria do Senador Paulo Davim, estimou-se que existem aproximadamente R\$ 169 milhões de reais em prêmios esquecidos (SENADO FEDERAL, 2012).

atividade econômica do Estado, por meio da Loteria, se reveste de notória política de finalidade pública, pois existe um plano de ação voltado ao interesse coletivo, com o objetivo de satisfazer aos reclames ou necessidades de determinados setores.

Mas o benefício social nem sempre é presente na exploração de jogos e aposta legalizados, sejam sob a administração do Estado ou do particular. Em um estudo realizado pela *US News & World Report*, analisou-se 55 países em que o Estado legalizou a atividade dos cassinos, entre os anos de 1990 a 1992, e verificou-se que o referido empreendimento não gera expansão econômica nas áreas em que opera (US NEWS AND WORLD REPORT, 2012). Certamente o desenvolvimento também passará por longe.

O desenvolvimento, conforme já foi ventilado alhures, não é consequência necessária das políticas públicas, tampouco da expansão econômica. Todavia, para que haja desenvolvimento, é necessário haver divisão equitativa dos recursos públicos entre os diversos setores e entes da federação, a fim de se reduzir equilibradamente as desigualdades, o que não deixa de se fazer presente, também, um fator econômico interligado.

Mitigar a desigualdade social é corolário do desenvolvimento, que pode ser alcançado com melhor programação econômica, programas sociais ou assistenciais, melhoria da educação, investimento em cursos superiores e pesquisas, ampliação dos postos de saúde etc.

Por isso a toda atividade (que se diz) desenvolvimentista imprescinde equilibrar os índices (econômico, social, educacional etc.), fazendo com que os indicadores funcionem como uma orquestra sinfônica em que a execução harmônica de todos os instrumentos traduz uma afinada canção. Qualquer dissonância comprometerá o conjunto da obra. De igual modo, se algum indicador é privilegiado em detrimento de outros, poderá implicar em crescimento, mas não em desenvolvimento, pois, conforme já foi distinguido outrora, crescimento (ou expansão) é diferente de desenvolvimento.

A CEF, em que pese ser Pessoa Jurídica de Direito Privado, reveste-se na forma de empresa pública da União e, como tal, constitui-se poderosa ferramenta do Estado para gestão e execução de políticas públicas e ações desenvolvimentistas, a exemplo do SFH, FGTS e o próprio FIES. Contudo, na condição de colaboradora¹⁰⁰, a instituição pública

¹⁰⁰ Condição conferida pelo Decreto-Lei n°. 204/67.

aufere participação relevante do montante arrecadado com a Loteria, correspondente a 10%, fatia esta bem maior que os percentuais destinados ao FIES, ao Fundo Nacional de Cultura, Comitê Olímpico Brasileiro, Comitê Paraolímpico Brasileiro e Fundo Penitenciário Nacional, beneficiários de grande importância para o desenvolvimento.

Em análise aos gráficos da atividade lotérica da União, é possível vislumbrar que parte do recurso acumulado tem destinação “obscura” e não publicada, a exemplo do percentual de 24,8% da arrecadação que simplesmente vai para os cofres públicos sem endereço conhecido (destinação específica). Isso é dito, pois, do montante arrecadado, 13,8% são referentes ao Imposto de Renda Retido na Fonte; 10% são de remuneração da CEF e 1% vai para o Fundo de Desenvolvimento das Loterias. Ou seja, 24,8% vão para o mesmo destino: os cofres públicos, sem destinação específica.

Se a exploração exclusiva de loterias foi instituída com o fito de beneficiar programas assistenciais e abastecer setores de relevância social, se mostra injustificável a “sobra” de tamanha fatia (24,8%) sem destinação ou política pré-estabelecida. Daí, resta uma indagação, pelo menos em tese, sem resposta: o que é feito com os 24,8% do montante arrecadado do serviço público¹⁰¹ exclusivo da União? Toda a arrecadação da Loteria Federal do Brasil não deveria ter finalidade social, após deduzidas despesas e valor do prêmio pago ao vencedor?

Com efeito, há muito para se esclarecer e aperfeiçoar, principalmente no que tange à distribuição dos recursos arrecadados. Não é possível vislumbrar desenvolvimento em uma atividade em que o maior beneficiado é a própria máquina pública. Se a Loteria explorada pela União é para suprir programas governamentais e contribuir com o desenvolvimento, o Estado tem de deixar de lucrar para abastecer, com maior eficiência e transparência, os programas de cunho social e dividir equitativamente tamanha riqueza que, afinal de contas, sai do bolso da classe que mais carece: o apostador que tanto alimenta o *sonho de riqueza*.

¹⁰¹ Vale lembrar que o Decreto-lei nº. 204/67 disciplina que a Loteria Federal constitui um *serviço público* da União.

CAPÍTULO III

ELEMENTOS DA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO NO ÂMBITO DA LOTERIA ESTATAL

3 ELEMENTOS DA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO NO ÂMBITO DA LOTERIA ESTATAL

Até aqui, muito tem se falado das características contratuais e obrigacionais do Direito Civil, Administrativo e até Penais. No entanto, em momento algum, foi mencionada a existência de qualquer relação de consumo e, por óbvio, as implicações do Código de Defesa do Consumidor. Isso porque, para se falar em relação jurídica de consumo é necessário abordar alguns aspectos pertinentes e indispensáveis para sua verificação e melhor compreensão do tema.

Antes de adentrar, porém, na relação de consumo propriamente dita, vale tecer algumas questões preliminares e de ordem, pois, conforme é sabido, uma relação jurídica é um vínculo entre duas pessoas (ou entre pessoas e coisas, nas lições do Direito Real), constituído através da lei ou da vontade humana.

Importa dizer que uma “relação”¹⁰² somente será jurídica quando o fenômeno interessar ao Direito. Uma tarde de futebol entre amigos ou uma partida de xadrez entre colegas do trabalho não tem, em princípio, relevância para o Direito e, conseqüentemente, não haverá relação jurídica qualquer. O liame jurídico se aperfeiçoa para constituir obrigações e compelir o seu cumprimento, cujo objetivo é satisfação dos interesses interpessoais (LISBOA, 1999).

A relação de consumo, por sua vez, é toda relação jurídica, de natureza autônoma, regulada pelas normas especiais contidas no Código de Defesa do Consumidor, em que uma das partes (o consumidor) adquire produtos em caráter de destinatário final ou contrata serviço, e a outra parte (o fornecedor) fornece tais bens ou lhe presta o serviço contratado, mediante determinada prestação em dinheiro, remuneração (ALMEIDA, 2007).

A origem da relação de consumo está na relação contratual de compra e venda e na relação contratual de prestação de serviço disciplinadas pelo Código Civil, desde o diploma de 1916 e reiterado no código vigente. Todavia, a relação jurídica prevista no microsistema consumerista tem composição e finalidade diferenciada, especial. Sua

¹⁰² Entendido aqui como um liame entre uma coisa e outra.

natureza jurídica apresenta dois elementos, a saber: 1) sujeitos e 2) objeto¹⁰³.

Os sujeitos da relação de consumo são as pessoais que figuram o liame jurídico, os quais, fornecedor e o consumidor. Ambos podem ser pessoas físicas ou jurídicas, consoante leciona as mais autorizadas doutrinas. Não há que se prolongar nesse mister.

Quanto ao objeto, vale mencionar que este se divide em imediato (direto) e mediato (indireto). O objeto imediato será a operação jurídica que fez nascer o vínculo entre consumidor e fornecedor. É o negócio jurídico vinculante, é a compra e venda (contrato de consumo). O objeto mediato, por sua vez, é o “bem da vida”, a coisa efetivamente perseguida pelos contratantes. Ou seja, é o produto ou serviço da relação jurídica de consumo (LISBOA, 1999). Esses elementos, contudo, serão abordados em detalhes adiante.

Sobre a identificação da relação de consumo, Rizzatto Nunes (2009, p.230) afirma que: “haverá relação jurídica de consumo sempre que se puder identificar num dos polos da relação o consumidor, no outro, o fornecedor, ambos transacionando produtos e serviços”.

O estudo desses elementos é de fundamental importância, pois, “a relação de consumo é o vínculo jurídico de natureza especial, visto que possui características próprias, distintas do liame jurídico comum” (LISBOA, 1999, p. 35). Por isso se faz imprescindível distinguir a relação jurídica de consumo da relação jurídica ordinária e suas respectivas peculiaridades.

Há muito para se falar no que toca as relações de consumo. Este trabalho poderia ser enrobustecido com uma infinidade de teorias jurídicas, citações doutrinárias e comparativos legais. Todavia, a presente discussão não é o fim, mas o meio para chegar ao cerne da questão. O que importa, na verdade, será abordar esses elementos da relação de consumo de forma específica. Os elementos constitutivos do liame jurídico de consumo (consumidor, fornecedor, produto e serviço) serão examinados conjuntamente com a atividade lotérica do Estado. Ou seja, se verificará, no âmbito da Loteria Estatal, como se aperfeiçoa cada um desses elementos.

Em outras palavras, serão esboçadas algumas linhas a respeito do fornecedor, consumidor, produto e serviço e como esses elementos da relação jurídica de consumo são

¹⁰³ Na definição de Roberto Senise Lisboa (1999), o elemento objetivo (ou objeto, simplesmente) se divide em mediato e imediato.

verificados entre o apostador (será consumidor?), os titulares da exploração da Loteria (serão fornecedores?) e a aposta (será objeto da relação de consumo?). Tais indagações serão a feridas no decorrer no presente capítulo.

3.1 PRODUTO E SERVIÇO NA ATIVIDADE LOTÉERICA COMO LIAME JURÍDICO DA RELAÇÃO DE CONSUMO

3.1.1 Produto e Serviço no Código de Defesa do Consumidor: um intróito

Toda relação jurídica pressupõe a existência de polos opostos dotados de interesses antagônicos (um quer comprar e o outro vender) e uma coisa (material ou imaterial) como objeto desses interesses. Ligando os dois sujeitos (consumidor e fornecedor) encontra-se a coisa, objeto da relação, que poderá ser um produto ou a prestação de um serviço (NUNES, 2009).

O parágrafo 1º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor estabelece que produto é “qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial” (BRASIL, 1990). Pela amplitude do conceito, pode-se observar que todo e qualquer bem jurídico, seja ele corpóreo ou incorpóreo, móvel ou imóvel, material ou imaterial, pode ser definido como produto, desde que tenha a característica da consumibilidade e, obviamente, revestido de licitude¹⁰⁴. No que tange a definição de serviço, aduz o parágrafo 2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, que o “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração [...]” (BRASIL, 1990).

As apostas da Loteria explorada pelo Estado, seja compreendida como serviço ou produto, consubstanciam-se objeto lícito (e legalizado, porque não), uma vez que a atividade é regulada por lei e, por isso, é suscetível, em tese, de ser enquadrada no rol do art. 3º, § 1º, do CDC¹⁰⁵. Tanto na prestação no fornecimento do produto como na prestação do serviço, faz-se mister acumular a noção de consumidor com a de destinatário

¹⁰⁴ O objeto lícito é um dos elementos da formação e validade dos negócios jurídicos (FIUZA, 2009).

¹⁰⁵ Por essa mesma razão, *e.g.*, o jogo do bicho não poderia ser objeto desse mesmo estudo, tendo em vista a ilicitude que o fulmina, pelo menos no atual cenário jurídico (ou político) brasileiro.

final, o que atrela os conceito de produto e serviço à razão casuística. É por isso que “o legislador adotou a teoria da causa na relação jurídica de consumo, tornando-se necessária a análise da causa da aquisição ou da utilização do produto ou serviço”, assevera Roberto Senise Lisboa (1999, p. 6). O mencionado autor diz mais:

O Código de Defesa do Consumidor adotou a doutrina da causa na relação de consumo, ao preceituar que o consumidor é “o destinatário final do produto e serviço”.

A causa determinante ou final, denominada simplesmente causa, é a razão em virtude da qual as pessoas contraem obrigações. É idéia [*sic*] filosoficamente correlata à de efeito.

[...]

A causa final é, indubitavelmente, a mais importante das causas que podem ser detectados. É um elemento real e positivo que exerce influência e determina o efeito, pois é o fim para o qual se propõe o agente, o propósito em vista do qual o efeito é produzido (1999, p. 30 e 36).

Os conceitos de produto e serviço estão estritamente ligados à noção de “bem” (NUNES, 2009). Deste modo, é possível afirmar que tanto o produto como o serviço é um objeto (mediato)¹⁰⁶ de interesse numa relação de consumo, que tem a finalidade de satisfazer a necessidade de quem o adquire como destinatário final. Nesse contexto, passa-se a questionar se a Loteria administrada pela CEF se encaixa como serviço ou como produto.

3.1.2 Aposta de Loteria: Produto ou Serviço?

Diariamente, milhares de pessoas jogam nas diversas modalidades da Loteria explorada pelo Poder Público. A última “mega-sena da virada”¹⁰⁷, em dezembro de 2011,

¹⁰⁶ No item anterior foi visto que o objeto se divide em imediato (direto) e mediato (indireto). O objeto imediato será a operação jurídica que fez nascer o vínculo entre consumidor e fornecedor. É o negócio jurídico vinculante, é a compra e venda (contrato de consumo). O objeto mediato, por sua vez, é o “bem da vida”, a coisa efetivamente perseguida pelos contratantes. Ou seja, é o produto ou serviço da relação jurídica de consumo (LISBOA, 1999). Vide item 3.

¹⁰⁷ Ultimamente, a Caixa Econômica Federal vem promovendo um sorteio especial de final do ano, denominado “Mega-Sena da Virada”. É um concurso especial em razão do valor da aposta e do prêmio. A aposta fica em

por exemplo, registrou mais de 37 milhões de apostas em todo Brasil, em menos de 15 dias, com uma arrecadação de 52 milhões de reais. E a previsão era de se alcançar mais que o triplo disso: 170 milhões de reais. A meta foi atingida. Em comparação com o ano de 2010, foi uma diferença de 31% (G1, Mega da Virada já Registra, 2011). Significa que as pessoas acreditam nesse negócio, e o número de apostadores cresce a cada ano.

Todavia, o que se questiona nesse imenso número de apostadores e nesse universo interminável de apostas é qual a natureza, ou que tipo de operação, se pode atribuir no ato do apostador pagar uma quantia simbólica por um prêmio milionário. À tal prática se atribui o conceito de serviço ou produto?

Inicialmente, não se pode negar a existência de um serviço lotérico, uma vez que, ao se dirigir às Casas Lotéricas (comerciante responsável pela emissão dos bilhetes), o apostador se depara com um grande aparato tecnológico e humano à sua disposição para efetuar o registro dos números apostados (a exemplo da loteria de prognóstico numérico). Todavia, esse serviço não se exaure em si mesmo, mas apenas possibilita o fornecimento de algo, de um “bem da vida”. Na maioria das aquisições de determinados bens, existe um serviço que possibilita, intermedeia ou facilita tal aquisição. Não é novidade que todo produto vem acompanhado de um serviço que lhe propicie. Ou, em outras palavras, não existe fornecimento de produto sem serviço (VASCONCELOS, 2008).

Continuando a linha de raciocínio proposta no parágrafo anterior, se o serviço lotérico não se exaure em si mesmo, mas apenas possibilita o fornecimento de algo, de um “bem da vida”, importa saber, portanto, o que esse “algo” representa. Com efeito, não se pode considerar que o serviço prestado pelas Casas Lotéricas fornece apenas um bilhete. Admitir que o bem da vida fosse o simples bilhete (ou o volante¹⁰⁸ de aposta) seria encerrar a presente discussão sem enfrentar qualquer desafio lógico-jurídico. Aliás, esse bilhete, chamado também de volante, é fornecido gratuitamente nos estabelecimentos lotéricos (o apostador pode levar quantos volantes quiser para casa) e só passam a ter o caráter de *bilhete de aposta* quando devidamente preenchido¹⁰⁹ e registrado mediante o

torno de R\$ 5 reais e o prêmio majorado em relação ao sorteio ordinário, a exemplo do último, R\$ 170 milhões de reais.

¹⁰⁸ Cada modalidade de aposta das loterias federais conta com um bilhete ou volante de cores e gráficos diferentes.

¹⁰⁹ Existe, porém, uma modalidade assessória para os jogos da Mega-sena e Lotomania, por exemplo, em que o apostador não precisa sequer marcar um número, pois a própria máquina registradora do bilhete o faz por ele. Aperfeiçoa-se, assim, ainda mais, a natureza de serviço no âmbito da Loteria Federal.

respectivo pagamento e, se premiado, passará a constituir-se *título de crédito*¹¹⁰. Em outras palavras, o registro do bilhete de aposta apenas possibilita o perfazimento do negócio jurídico demonstrado.

A partir dessa noção, já se pode ter um indício do “algo”, ou o que representa o “bem da vida” fornecido pelo serviço lotérico. Se o bilhete em si não é o objeto mediato, mas um dos elementos do objeto imediato, porquanto possibilita a concretude do negócio jurídico (LISBOA, 1999), o produto imaterial estará explícito no que vem em consequência do registro dos números apostados. Essa assertiva conduz o leitor à *pseudo-conclusão* de que o bem da vida (objeto mediato) é a *aposta* em si (com o bilhete já registrado). Mas não é isso. A bem da verdade, ao registrar os seus números no bilhete de aposta, o apostador está adquirindo uma *chance* de concorrer ao prêmio ofertado. Isso porque, deveras, a *aposta* em si é o instituto jurídico que propicia o bem da vida ao apostador e o *bilhete de aposta*, por sua vez, é o título que comprova a aquisição do referido bem.

A *chance* é, pois, o bem da vida. É o produto imaterial fornecido pela Loteria. É o objeto mediato, que passa a integrar o patrimônio do apostador no momento em que registra os números da aposta no respectivo bilhete. Nesse sentido, Sérgio Sávi (2006, p. 98), formulou a seguinte lição:

a chance ou oportunidade poderá ser considerada um bem integrante do patrimônio da vítima, uma entidade econômica e juridicamente valorável, cuja perda produz um dano, na maioria das vezes atual, o qual deverá ser indenizado sempre que a sua existência seja provada, ainda que segundo um cálculo de probabilidade ou por presunção.

Deveras, o entendimento do mencionado doutrinador está em perfeita sintonia com o conceito econômico de bem. Aliás, Francisco Amaral (2002, p. 299), ao lecionar sobre bens, preceitua que “bem é tudo aquilo que tem valor e que, por isso, entra no mundo jurídico”. Com efeito, “bem” não necessariamente é corporificado para ser considerado como tal, pois existem bens que, apesar de não possuírem materialidade (como uma mesa, um carro, um instrumento musical), integram o patrimônio do titular,

¹¹⁰ Vide item 1.3.3.

tais como uma real expectativa de direito economicamente apreciável. É o caso da chance¹¹¹.

De igual modo, para não ficar de fora da discussão, é importante esclarecer que não se admite cogitar que o “bem da vida” possa ser o *prêmio* da aposta em si (o montante auferido na aposta), pois este é absolutamente aleatório¹¹². Pode ocorrer ou não. Se o fosse, o *produto* (objeto mediato) da Loteria só passaria a existir concretamente para o efetivo vencedor da aposta. Daí, o apostador iria apenas contratar um serviço de aposta. Se acertasse os números marcados, passaria a adquirir o produto: o prêmio.

Em oportunidade de elaboração de um estudo monográfico, ficou demonstrado que o prêmio não pode ser alcançado pela totalidade dos apostadores e por isso estes não seriam destinatários finais de um produto ou serviço pelo fato de depender exclusivamente de sorte. Assim, seria impraticável considerar que existe um produto ou serviço oriundo unicamente de uma premiação aleatória, resultante de aposta, em que, entre milhões de apostadores, algum ou alguns ganham o prêmio. Daí, não haveria destinatário final, mas destinatário em potencial e aleatório (DURÃES, 2010).

Pode-se dizer, então, que o apostador se dirige às Casas Lotéricas a fim de adquirir uma chance de ganhar o prêmio e se tornar um milionário. Em palavras mais sintetizadas, o apostador compra uma *chance* e não o *prêmio*.

Essa discussão, porém, não é das mais relevantes, pois, pouco importa se a atividade lotérica se aperfeiçoará como produto ou serviço. Ora pode se caracterizar como um mero serviço de aposta ou de coletas de “quotas” para concurso de um prêmio incerto ou pode se aperfeiçoar como um produto imaterial, a *chance*. Em um caso ou outro, se restarem configurados os demais elementos da relação de consumo, haverá incidência do Código de Defesa do Consumidor e de todo o seu arsenal protetivo.

A verdade é que, quem adquire produto ou serviço, o faz em busca da satisfação pessoal. Quem se dirige a uma rede de eletrodomésticos em busca de uma geladeira, por exemplo, ao certo, tem como objetivo conservar alimentos perecíveis em sua residência. De igual modo, quando a dona de casa contrata um técnico para consertar o seu eletrodoméstico, o faz em busca ter o bem em pleno funcionamento. Todo objeto mediato,

¹¹¹ Sendo a chance, pois, um bem possuidor de valor econômico e jurídico, integra o patrimônio da vítima e estará suscetível de ser extirpada ou diminuída. Será exatamente sobre isso o tema do item 4.2.

¹¹² Veja as características dos contratos de “jogo e aposta” no item 1.1.1.

seja ele material ou imaterial, visa à satisfação de um anseio do consumidor. Nesse passo, vale destacar a lição de Roberto Senise Lisboa (1999, p. 4):

Não se confunde o objeto imediato com o objeto mediato, que é o bem da vida, isto é, a coisa material ou imaterial que se procura obter, através da elaboração da operação (objeto imediato).

O bem da vida é o objeto acerca do qual há a necessidade ou a utilidade sentida pelo titular do direito subjetivo. O interesse é a necessidade ou a utilidade que o titular do direito subjetivo tem em obter o objeto mediato para si ou para outrem.

Ainda nas palavras do citado autor, o “interesse” constitui-se em substrato do direito subjetivo do consumidor. Nesse contexto importa defender que o objetivo perseguido pelo apostador é, de fato, a chance e não o prêmio em si. A probabilidade de acertar o prêmio da Mega-sena, por exemplo, é de 1 em 5.006.386 (um em cinco milhões seis mil trezentos e oitenta e seis). Indubitavelmente, com essa probabilidade, o apostador não está em busca apenas do prêmio milionário, mas da satisfação em participar do concurso. O interesse do apostador é a chance. Se o indivíduo tivesse a certeza que não iria ganhar o prêmio, ou seja, que não teria *chance* alguma de sair vencedor, certamente não apostaria.

3.1.3 Exploração de Loterias como Serviço Público

Conforme já foi visto¹¹³, em 27 de fevereiro de 1967, antes mesmo da unificação e institucionalização da Caixa Econômica Federal, o presidente Castelo Branco editou o Decreto-Lei nº. 204, regulamentando o segmento de loterias vigente no Brasil, dispondo no art. 1º que “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” (BRASIL, 1967).

¹¹³ Item 2.2.

É importante destacar que o mencionado dispositivo atribui às loterias o caráter de *serviço público* exclusivo da União, o que deixa clarividente que é o próprio Estado quem explora essa atividade. É o poder público federal quem tem a titularidade e exclusividade da única modalidade de aposta permitida no Brasil: a Loteria do Estado¹¹⁴. Ou seja, o “dono da banca” é a União.

Contudo, importa saber qual a natureza desse serviço público. Para a doutrina de Hely Lopes Meirelles (1993), o serviço público “é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniência do Estado”. Manuel Maria Diez (1980) leciona que serviço público “é a prestação que a Administração efetua de forma direta ou indireta para satisfazer uma necessidade de interesse geral”. Significa dizer que o serviço público pode ser prestado diretamente pelo próprio Poder, ou não.

Nesse mesmo sentido, o professor Fernando Antônio de Vasconcelos (*In: VASCONCELOS; BRANDÃO, 2008, p.22*), leciona que “os serviços públicos são prestados pelos próprios agentes públicos ou por empresas particulares contratadas por órgãos públicos”.

Se algum serviço é realizado pela própria União, Estados ou Municípios, será considerado serviço público direto. Se uma destas pessoas de direito público elencadas, contudo, delegar este mesmo serviço a outra pessoa pública ou privada, se aperfeiçoará um serviço público indireto. E assim se classifica, também, os serviços públicos: em delegáveis e indelegáveis. José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 311), assim os conceitua:

Serviços delegáveis são aqueles que, por sua natureza ou pelo fato de assim dispor o ordenamento jurídico, comportam ser executados pelo Estado ou por particulares colaboradores. Como exemplo, os serviços de transporte coletivo, energia elétrica, sistema de telefonia etc.

Serviços indelegáveis, por outro lado, são aqueles que só pode ser prestados pelo Estado diretamente, ou seja, por seus próprios órgãos ou agentes. Exemplifica-se com os serviços de defesa nacional, segurança interna, fiscalização de atividades, serviços assistenciais etc.

¹¹⁴ Salvo as loterias estaduais que já existiam antes da edição do Decreto-Lei nº. 204/67.

Questiona-se, então, nesse contexto, como se enquadra a Loteria, enquanto serviço público exclusivo da União. A lei instituidora assevera que a loteria estatal “constitui serviço público exclusivo da União não suscetível de concessão” (BRASIL, 1967). Por não ser suscetível de concessão, deixa a entender que se trata de um serviço público indelegável. Todavia, a CEF atua como colaboradora por expressa disposição da mesma lei¹¹⁵, o que faz da atividade um serviço público delegável, nos termos da lição doutrinária supratranscrita¹¹⁶.

O Serviço a que se refere o mencionado Decreto-Lei também se encaixa na modalidade de serviço público de caráter econômico, ou simplesmente serviço econômico. Eis a lição que a lição doutrinária pertinente:

[...] os *serviços econômicos* são aqueles que, por sua possibilidade de lucro, representam atividades de caráter mais industrial ou comercial, razão por que alguns os denominam de serviços comerciais e industriais. Apesar de estarem as atividades econômicas dentro do sistema da liberdade de iniciativa e, portanto, cabendo aos particulares exercê-las (art. 170, CF), o Estado as executa em algumas situações específicas. A própria Constituição o permite quando para atender a relevante interesse coletivo ou a imperativo de segurança nacional (art. 173). Em outras ocasiões, reserva-se ao estado o monopólio de certo segmento econômico, como é o caso da exploração de minérios e minerais nucleares (art. 177). Por fim, expressa a Constituição hipóteses em que confere competência para a prestação desse tipo de serviço, como é o caso da energia elétrica (art. 21, XII, “b”, CF). (grifo original). (CARVALHO FILHO, 2009, p. 313).

Apesar de não aparecer no rol dos serviços em monopólio pela União, a Loteria constitui um serviço econômico exclusivo e só pode ser explorada pelo Poder Público maior. A possibilidade de lucro é mais que concreta e sua arrecadação atende a inúmeros

¹¹⁵ Art. 2º - A Loteria Federal, de circulação, em todo o território nacional, constitui um serviço da União, executado pelo Conselho Superior das Caixas Econômicas Federais, através da Administração do Serviço de Loteria Federal, com a colaboração das Caixas Econômicas Federais (BRASIL, Decreto-Lei nº. 204, 1967).

¹¹⁶ Serviços delegáveis são aqueles que, por sua natureza ou pelo fato de assim dispor o ordenamento jurídico, comportam ser executados pelo Estado ou por particulares **colaboradores** (grifo nosso) (CARVALHO FILHO, 1999, p. 311)

interesses sociais¹¹⁷. Daí o caráter de público, quando analisada sob a forma geral da referida atividade.

Os serviços públicos classificam-se ainda em *serviços de utilidade pública* ou *serviços públicos propriamente dito* (MEIRELLES, 2004). Muito embora o Decreto-Lei nº. 204 mencione “serviço público”, de forma genérica, não há dúvida de que as Loterias Federais constituem serviços de “utilidade pública”, haja vista seu caráter não essencial, como ocorre nos serviços público propriamente ditos (saúde, educação, segurança etc.). Todavia, por força da letra da lei, adotar-se-á a expressão de *serviço público*, genericamente.

No item anterior ficou demonstrado que, em relação ao apostador, existe a prestação de um serviço e o fornecimento de um produto imaterial. O serviço a que se refere o item 3.1.1 não tem caráter de público, mas de privado, na medida em que a pessoa jurídica (Casa Lotérica) o presta a um particular (apostador) com intuito estritamente individualístico. Ou seja, da pessoa jurídica privada para o apostador.

Antes de pôr o ponto final desse item, cumpre fazer uma breve explanação quanto à remuneração desse serviço público. Isso é dito, pois, não se pode ignorar que o valor pago pela realização da aposta não tem caráter de tributo, mas de *preço público*, o qual forma uma quota que, por sua vez, constitui o montante do prêmio devido ao apostador, bem como os percentuais destinados aos programas governamentais¹¹⁸. É tanto que, sobre o montante arrecadado pela Loteria incide contribuição previdenciária e Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF). Se porventura admitisse que a importância paga pelo apostador tivesse o caráter de tributo, *ad argumentandum tantum*, como poderia conceber a incidência de tributo sobre tributo? E ainda, como poderia haver o recolhimento previdenciário de uma contribuição tributária?

Não resta dúvida, a aposta é remunerada mediante *preço público*.

Vale rememorar que o “preço público” é a remuneração paga pelo usuário por utilizar um serviço público divisível e específico (e delegável), regido pelo regime contratual de direito público. Somente os serviços públicos delegáveis podem ser remunerados por *preço público*, como os serviços postais, distribuição de energia elétrica, de gás etc. Preço Público é, pois, a contraprestação pecuniária pelo serviço prestado ou

¹¹⁷ Veja item 2.4.

¹¹⁸ Já foi dito aqui sobre a destinação político-social dos recursos captados pela Loteria Federal, no item 2.4.

pelo produto fornecido pela entidade pública. É oportuno salientar que a principal diferença entre preço público e a tarifa é que o primeiro é a receita do Estado, enquanto o segundo é a receita do particular. Os preços públicos e tarifas podem ser majorados por decreto e cobrados a partir da sua publicação, pois, apesar de se sujeitarem ao regime jurídico de direito público, estão no campo contratual sob supervisão governamental (COSTA BARBOSA, 2012).

Ainda no campo de algumas distinções pertinentes, vale dizer que a taxa decorre diretamente da lei e o preço público, bem como a tarifa, é fixado contratualmente. A taxa é imposta. O preço público e a tarifa são voluntários (paga se gozar do serviço, produto). Os preços públicos e tarifas somente podem ser cobrados pela prestação efetiva do serviço ou fornecimento do produto, pois situam no campo contratual e ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude da lei (COSTA BARBOSA, 2012).

Nesse mesmo sentido, vale mencionar a lição do Ministro Moreira Alves (*apud* AMARO 1997, p. 43), fazendo distinção quanto às modalidades de “contraprestação” ao Estado:

- a) os serviços públicos propriamente estatais, em cuja prestação o Estado atue no exercício de sua soberania são serviços indelegáveis, porque somente o Estado pode prestar. São remunerados por taxa;
- b) os serviços públicos essenciais ao interesse público: são serviços prestados no interesse da comunidade, e por isto, são remunerados por taxa também;
- c) serviços públicos não essenciais, que são usados, não resultam prejuízo para o interesse público ou para a comunidade, são serviços públicos delegáveis que podem ser remunerados por preço público [...].

A atividade executada por meio da Loteria Federal do Brasil é, portanto, serviço público não essencial, delegável e remunerado mediante preço público. Sua contraprestação só se faz exigível quando da contratação do serviço e aquisição do produto lotérico. A compulsoriedade da “remuneração” não se faz presente nessa atividade, por ter o caráter contratual. O serviço lotérico não pode ser confundido com outras atividades estatais subsidiado via tributo. De igual modo não pode se misturar com

outros tipos de serviços, como os de natureza bancária, consoante será visto no próximo item.

3.1.4 Serviço Lotérico Versus Serviço Bancário ou Financeiro

Com lucros altos e exploração de serviços de caráter essencial nos tempos modernos, os bancos e instituições financeiras estão por toda a parte. Ofertam cartões de crédito, empréstimos (mútuo), contas para depósito, transferências e poupanças, financiam bens móveis, imóveis e até imateriais, como estudos e viagens. Tudo isso parece ser perfeito, se não estivesse se falando de um dos agentes econômicos mais austeros da atualidade¹¹⁹: os bancos e instituições financeiras.

Muito embora suas atividades envolvam muito dinheiro e, por vezes, praticadas nos pontos de atendimento das Casas Lotéricas, não se pode confundir os serviços fornecidos pelos bancos com o serviço *lotérico*¹²⁰. O serviço bancário é concluído entre um banco e um cliente para a consecução dos seus fins econômicos, dentre os quais pode-se destacar como principais: contrato de moeda, crédito, depósito e financiamento; contrato misto, de crédito e contrato de serviços diversos, tais como garantia, custódia, cofre etc.

O contrato de depósito é o mais comum, consistindo na entrega de valores mobiliários a uma instituição bancária, mediante o pagamento de juros ou comissões acertadas, a qual se obriga a restituí-los quando solicitado¹²¹. O contrato de concessão de crédito é considerado um negócio jurídico *sui generis* pelo qual o banqueiro (creditor) põe à disposição do cliente certa soma em dinheiro, bens ou serviços pelo tempo convencionado. É um contrato bilateral, com a fixação de obrigações para ambas as partes, estipuladas umas em função das outras (VASCONCELOS, 2010), entres muitos outros no imenso universo dos produtos e serviços ofertados pelos bancos.

¹¹⁹ O professor Dr. Fernando Antônio de Vasconcelos (2010), em um tom bastante humorado, diz que “há uma longa história acerca do relacionamento de amor e ódio entre os bancos, povo e governo, tanto nos Estados Unidos da América, como em vários países do mundo”.

¹²⁰ O *serviço lotérico* compreende, aqui, todo serviço que envolva a realização de apostas pelas Casas Lotéricas.

¹²¹ É um contrato próprio, típico, e guarda similitude com o depósito irregular, mas com este não se confunde (COELHO, 2010, p. 431).

Vale, ainda, transcrever os ensinamentos de Fernando Antônio de Vasconcelos (2011), quando se refere aos serviços e produtos bancários:

De todos esses contratos, merecem realce os contrato de mútuo ou empréstimo bancário, seja pela importância que têm na vida econômica de todas as pessoas, seja porque, na grande maioria dos contratos bancários, existe uma relação de mútuo. Assim, empréstimo é o contrato pelo qual uma pessoa entrega a outra alguma coisa sua para que esta última dela se sirva durante certo tempo. Quando o empréstimo tem por objeto coisas fungíveis denomina-se mútuo. O empréstimo de coisas infungíveis (uma casa, um automóvel) é comodato. As coisas fungíveis são restituídas pelo equivalente, a exemplo do dinheiro.

Pode-se dizer, então, que o serviço bancário se exaure em si mesmo. Basta realizar uma transferência de recursos de uma conta para outra, realizar um depósito em dinheiro, trocar um cheque ou realizar o pagamento de um boleto bancário. Realizada uma dessas tarefas se estará aperfeiçoando o serviço bancário. Na definição legal (2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor), “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito, e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista” (BRASIL, 1990).

Daí, ao examinar o conceito trazido pelo código de defesa do consumidor, percebe-se que a questão que merece maior relevância é a inclusão dos serviços bancários, financeiros e de crédito, dentro da abrangência do código protetivo, posto que alguns doutrinadores, em razão da especialidade das normas que os regulavam antes daquele ser sancionado, negam a possibilidade de estar sob seu julgo (NUNES, 2009). Muito já se discutiu a respeito da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor envolvendo os bancos. Muitos se levantaram e todos caíram. Buscaram desproteger o consumidor de um dos mais poderosos agentes econômicos do Brasil (e do mundo, porque não?!). Tantas tentativas pareciam não ter sentido, uma vez que quase a totalidade das pessoas (raríssimas exceções) utilizam os serviços bancários¹²².

¹²² Lutar pela inaplicabilidade do CDC contra os bancos seria, com a licença do jargão popular, o mesmo que “cuspir para cima”.

Parece paradoxal, sem a intenção de tecer qualquer trocadilho, mas o código protetivo precisou de proteção para nascer e se desenvolver. Buscando alcançar tal objetivo, o Ministério da Justiça instituiu uma comissão de juristas para que elaborasse um anteprojeto de lei para que, posteriormente, fosse convertido (aprovado) em Código de Defesa do Consumidor. A comissão era composta pelo paraibano Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamim¹²³, Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe, Nelson Nery Júnior, Zelmo Denari e era presidida pela professora Ada Pellegrini Grinover (ALMEIDA, 2006).

Na época, "os pareceres emitidos em sentido contrário [ao CDC], conquanto provenientes de respeitabilíssimos juristas, foram encomendados por famosa entidade de classe do Sistema Bancário, a Federação Brasileira de Associações de Bancos" (DE LUCCA, 1998, p. 71).

O CDC foi promulgado em 1990, gerando importantes mudanças no mercado econômico. Sua existência mudou consideravelmente as relações de consumo, principalmente no decorrer dos anos 90 e na primeira década do século XXI. Suas consequências são notórias, pois impôs maior qualidade na fabricação dos produtos e no próprio atendimento das empresas de um modo geral (NUNES, 2009). Ainda há muito que melhorar, mas já se deu um grande passo.

Daí em diante, coube à doutrina tecer suas impressões sobre o novel diploma. E o fez muito bem, como ainda faz. Aliás, papel importantíssimo cumpriu a doutrina quando consolidou a importância do CDC e sua aplicabilidade em face dos bancos. A aprovação do estatuto protetivo enfrentou árdua batalha para chegar aonde chegou, sofrendo até tentativas frustradas de modificação em seu texto, mais de 15 anos após a sua promulgação. Em 2006 o Senador Valdir Raupp (PMDB-RO, à época) editou projeto de lei com o fito de afastar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas ações judiciais envolvendo os bancos (FOLHA, SENADOR SUGERE, 2011).

Em outra oportunidade, a constitucionalidade do artigo 3º foi questionada no STF através da Adin nº. 2591 (Ação Direta de Inconstitucionalidade). A ação, julgada em 2006, pretendia afastar a aplicação do Código do Consumidor às atividades bancárias,

¹²³ Nascido em 13 de novembro de 1957, na cidade do Catolé do Rocha, interior da Paraíba.

alegando que o sistema financeiro tem de ser regulamentado por lei complementar (COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA, STF, 2006).

Para que não restasse mais dúvidas e visando pacificar entendimento em relação à matéria trazida à baila, o Superior Tribunal de Justiça, através da Súmula 297 firmou entendimento no sentido de que as atividades desempenhadas pelas instituições financeiras na prestação de serviços aos seus clientes ou na concessão de mútuo ou financiamento para a aquisição de bens, inserem-se no conceito de serviço albergado pelo Código de Defesa do Consumidor, ratificado pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar improcedente a ADIN nº 2591 (BRASIL, 2006)¹²⁴ proposta pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro.

¹²⁴ CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5o, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, EXCLUÍDAS DE SUA ABRANGÊNCIA A DEFINIÇÃO DO CUSTO DAS OPERAÇÕES ATIVAS E A REMUNERAÇÃO DAS OPERAÇÕES PASSIVAS PRATICADAS NA EXPLORAÇÃO DA INTERMEDIÇÃO DE DINHEIRO NA ECONOMIA [ART. 3º, § 2º, DO CDC]. MOEDA E TAXA DE JUROS. DEVER-PODER DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. SUJEIÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. “Consumidor”, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. O preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição, o que importa em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia estejam excluídas da sua abrangência. 4. Ao Conselho Monetário Nacional incumbe a fixação, desde a perspectiva macroeconômica, da taxa base de juros praticável no mercado financeiro. 5. O Banco Central do Brasil está vinculado pelo dever-poder de fiscalizar as instituições financeiras, em especial na estipulação contratual das taxas de juros por elas praticadas no desempenho da intermediação de dinheiro na economia. 6. Ação direta julgada improcedente, afastando-se a exegese que submete às normas do Código de Defesa do Consumidor [Lei n. 8.078/90] a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia, sem prejuízo do controle, pelo Banco Central do Brasil, e do controle e revisão, pelo Poder Judiciário, nos termos do disposto no Código Civil, em cada caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros. ART. 192, DA CB/88. NORMA-OBJETIVO. EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR EXCLUSIVAMENTE PARA A REGULAMENTAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO. 7. O preceito veiculado pelo art. 192 da Constituição do Brasil consubstancia norma-objetivo que estabelece os fins a serem perseguidos pelo sistema financeiro nacional, a promoção do desenvolvimento equilibrado do País e a realização dos interesses da coletividade. 8. A exigência de lei complementar veiculada pelo art. 192 da Constituição abrange exclusivamente a regulamentação da estrutura do sistema financeiro. CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. ART. 4º, VIII, DA LEI N. 4.595/64. CAPACIDADE NORMATIVA ATINENTE À CONSTITUIÇÃO, FUNCIONAMENTO E FISCALIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ILEGALIDADE DE RESOLUÇÕES QUE EXCEDEM ESSA MATÉRIA. 9. O Conselho Monetário Nacional é titular de capacidade normativa --- a chamada capacidade normativa de conjuntura --- no exercício da qual lhe incumbe regular, além da constituição e fiscalização, o funcionamento das instituições financeiras, isto é, o desempenho de suas atividades no plano do sistema financeiro. 10. Tudo o quanto exceda esse desempenho não pode ser objeto de regulação por ato normativo produzido pelo Conselho Monetário Nacional. 11. A produção de atos normativos pelo Conselho Monetário Nacional, quando não respeitem ao funcionamento das instituições financeiras, é abusiva, consubstanciando afronta à legalidade.

Hoje, contudo, a discussão é superada. Não há dúvidas de que o art. 3º do CDC¹²⁵ se aplica às instituições financeiras e bancárias. “Discutir hoje se os bancos são, ou não, fornecedores é pura perda de tempo e se constitui numa tarefa inócua” (VASCONCELOS, 2010). Desse modo, daqui em diante, para efeito do presente estudo, não mais será discutida a incidência ou não do diploma protetivo em face das instituições bancárias. Conforme já se salientou alhures, entende-se que esse debate já foi superado, não servindo, portanto, para a presente proposta, uma vez, também, que o desafio deste estudo consiste em encontrar a existência (ou não) de relação jurídica de consumo entre o apostador e os fornecedores do serviço e produto lotéricos.

O serviço lotérico, por sua vez, aqui compreendido no contexto da temática abordada (exploração de Loteria) é um serviço que viabiliza a percepção de um bem imaterial, conforme já mencionado anteriormente. É um serviço de meio. É bem verdade que as Casas Lotéricas (permissionárias de serviço público) disponibilizam serviço para pagamento de boletos bancários, o que a primeira vista daria uma noção de oferta de serviço bancário, mas este não pode, nem de longe, ser considerado um serviço de loteria¹²⁶. O serviço lotérico é aquele que realiza o registro dos números apostados pelo *jogador contratante*; é o que viabiliza a chance ao apostador, compreendido esta como o *bem da vida*¹²⁷.

¹²⁵ Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (BRASIL, 1990).

¹²⁶ Vide item 3.1.1.

¹²⁷ A doutrina nada fala sobre o serviço lotérico enquanto objeto de relação jurídica de consumo. A jurisprudência também não ousou dizê-lo expressamente. Por isso o presente estudo mostra-se de grande relevância, uma vez que enfrenta, de frente, os elementos doutrinários caracterizadores da relação jurídica de consumo com a prática da atividade lotérica.

3.2 CONFIGURAÇÃO DOS FORNECEDORES DA LOTERIA FEDERAL DO BRASIL E A CADEIA DE CONSUMO

3.2.1 Ampliação do Conceito de Fornecedor: Algumas Noções Preliminares

De início faz-se mister relembrar que as relações de consumo têm sua origem estritamente ligada às transações de natureza comercial e ao comércio propriamente dito, surgindo naturalmente à luz do Direito Mercantil (NUNES, 2009). No entanto, para aferir com precisão a existência de uma relação de consumo, é indispensável ter conhecimento prévio dos dois ocupantes dos polos, quais sejam, consumidor e fornecedor. Ocupa-se, por ora, em discorrer sobre o segundo.

Em linhas preliminares, é importante rememorar que os fornecedores são os responsáveis pela colocação de produtos e serviços à disposição do consumidor, ou seja, são todos aqueles que propiciam a oferta de produtos ou serviços no mercado de consumo, de maneira a atender às necessidades dos consumidores (NUNES, 2009).

De acordo com o CDC, fornecedor é qualquer pessoa física, que a título singular, desempenhe atividade mercantil ou civil (de forma habitual, colocando no mercado produtos e serviços) ou jurídica, desempenhando a mesma atividade em forma de associações mercantis ou civil. De igual modo, inserem-se as pessoas jurídicas de caráter público (União ou ente da federação, empresas públicas ou concessionárias de serviços públicos) ou privada; nacional ou estrangeira (desde que exportem produtos ou serviços para o País), que exerçam atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (ALMEIDA, 2007)¹²⁸.

Observa-se, assim, que para se identificar a pessoa como sendo fornecedora de serviços, é indispensável que a mesma detenha além da prática habitual de uma profissão ou comércio (atividade), também forneça o serviço mediante remuneração, concluindo

¹²⁸ Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

assim, que fornecedor é toda pessoa física ou jurídica que oferta produtos ou serviços mediante remuneração.

Um dos autores do anteprojeto do CDC, o doutrinador José Geraldo Brito Filomeno (2001, p. 46), citando Plácido e Silva, definiu a figura do fornecedor como “compreendidos todos quantos propiciem a oferta de bens e serviços no mercado de consumo, de modo a atender às suas necessidades, pouco importando a que título”. É imprescindível que se faça a distinção entre as diversas espécies de fornecedores, afim de que se identifique, com precisão, aquela definição que melhor se enquadra aos “possíveis fornecedores”¹²⁹ da Loteria.

Tomando por base a atividade que exerce, ainda é possível classificar o fornecedor em mediato e imediato. Mediato é o produtor real dos bens, é aquele responsável pela fabricação, e por conseguinte é responsável por todas as valhas que tenham seu nascedouro ainda na fase de produção, e gerem danos aos seus destinatários (VENOSA, 2008). Imediato, é aquele que está em contato direto com o consumidor, é o representante de determinada marca, o supermercado que comercializa produtos adquiridos etc.

Pois bem, feitas essas considerações preliminares, o presente estudo passa a analisar cada potencial fornecedor (União, Caixa Econômica Federal e Casas Lotéricas), figurante do polo ativo da Loteria regulamentada e se é possível se aperfeiçoar a cadeia de consumo entre os diversos entes citados e o apostador. Assim, para melhor detalhamento do tema, passa-se a abordar, individualmente, os seguintes sujeitos: 1) a União, enquanto ente público explorador exclusivo das loterias; 2) a Caixa Econômica Federal, enquanto empresa pública, colaboradora da União na exploração de loterias; e 3) as Casas Lotéricas, pessoas jurídicas de direito privado permissionárias de serviço público, a qual faz, de fato, os bilhetes circularem no mercado. Senão, vejamos.

¹²⁹ Até esse momento, usa-se essa expressão, pois, ainda não se concluiu se há ou não fornecedores, nos moldes do CDC, no âmbito da Loteria Federal.

3.2.2 Atuação da União, Enquanto Ente Público

De forma exaustiva, já foi visto que “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” (grifo nosso) (BRASIL, 1967). De fato, este dispositivo legal atribui às loterias o caráter de *serviço público* exclusivo da União. Nesse contexto, fica clarividente que o próprio Estado (a União) explora essa atividade, mas não com “as próprias mãos” como o faz com os serviços públicos propriamente ditos.

Muito embora o faça por meio de sua empresa, a Caixa Econômica Federal, é o poder público, a União, quem tem a titularidade e exclusividade da única modalidade de jogo e aposta permitida no Brasil. Em outras palavras, tendo a Loteria o caráter de serviço público, não há dúvida, pois, que o *fornecedor* das apostas (seja em forma de serviço ou produto) é a União.

Nesse contexto, vale rememorar que o Código de Defesa do Consumidor não negou o caráter de fornecedor ao poder público. É tão verdade que além de expressamente salientar em seu artigo 3º, ao definir o já aludido protagonista da relação de consumo, ainda em seu artigo 6º assegura que um dos direitos do consumidor é “a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral” (BRASIL, 1990).

E mais, “fala ainda o art. 3º do Código de Proteção ao Consumidor que o fornecedor pode ser público ou privado, entendendo-se no primeiro caso o próprio Poder Público, por si ou então por suas empresas públicas que desenvolvam atividades de produção” (LISBOA, 1996, p. 36). No caso da Loteria Federal do Brasil, não é o próprio Poder Público direto (a União) quem “põe a mão na massa”, mas a referida modalidade de aposta só existe e é vendida aos apostadores graças ao fornecimento, *ex vi legis*, da União Federal. Aliás, foi esta entidade, por meio do Decreto-Lei nº. 204/67, quem instituiu para si mesma a exclusividade para explorar as diversas modalidades de loterias.

Pode-se dizer, então, que a União se encaixa na qualidade de fornecedora de Loteria (seja esta atividade considerada serviço, seja considerada produto). Nesse particular vale lembrar a lição de Roberto Senise Lisboa (1996, p. 140), a qual disciplina:

Nos termos do art. 3º do CDC, as pessoas jurídicas de direito público – centralizadas ou descentralizadas – podem figurar no pólo (sic) ativo da relação de consumo, como fornecedoras de serviços. Por via de consequência, não se furarão ocupar o pólo (sic) passivo da correspondente relação de responsabilidade.

Quando aqui se tratou das características da Loteria Federal do Brasil enquanto serviço público e quando se relembrou do conceito de fornecedor, ficou demonstrado também que o Poder Público, na qualidade de produtor de bens ou prestador de serviços, se sujeitará às normas do Código Protetivo. Vale reforçar, então, que:

[...] o Poder Público, enquanto produtor de bens ou prestador de serviços remunerados não mediante a atividade tributária em geral (impostos, taxas e contribuições de melhoria), mas por tarifa ou “preço público”, se sujeitará às normas ora estatuídas, em todos os seus sentidos e aspectos versados pelos dispositivos do novo Código do Consumidor, sendo, aliás, categórico o seu art. 22 (LISBOA, 1996, p.87-88).

De acordo com a lição acima citada, conclui-se parcialmente que o valor pago pela aposta no balcão das loterias federais não tem o caráter de tributo, mas de “preço público”¹³⁰ pago à União, o que possibilita, *a priori*, a incidência do Código de Defesa do Consumidor no âmbito do fornecimento de loterias pelo Poder Público Federal. A forma, contudo, em que se dá essa incidência será matéria de discussão de capítulo oportuno¹³¹.

3.2.3 Atuação da Caixa Econômica Federal, Enquanto Empresa Pública

De acordo com o estudo tecido no segundo capítulo deste trabalho, ficou demonstrado que a Caixa Econômica Federal surgiu com o propósito de incentivar adesão e o hábito à poupança e de conceder empréstimos sob penhor, a qual detém, atualmente, a exclusividade dessa modalidade de mútuo, além de “combater outras que agiam no

¹³⁰ Veja as considerações sobre a natureza jurídica da remuneração da aposta no item 3.1.3 do presente estudo.

¹³¹ Vide item

mercado, mas que não ofereciam garantias sérias aos depositantes ou que cobravam juros excessivos dos devedores”¹³² (CEF, 2012).

A *priori*, então, o objetivo precípua da Caixa Econômica Federal era incentivar o uso da poupança e conceder empréstimos sob taxas de juros inferiores às que eram praticadas no mercado. Todavia, com o advento do Decreto-Lei nº. 759, já exaustivamente citado no capítulo segundo, os horizontes da instituição foram ampliados. Novos serviços foram incorporados, outros poderes foram conferidos, a capacidade econômica evoluiu, além de que, aquilo que eram meras caixas econômicas de abrangência nos entes federados, tornou-se uma instituição federal.

Originalmente, o artigo 2º (alínea “b”) do Decreto-Lei nº. 759 preceitua que a Caixa Econômica Federal tem por finalidade, além de outros serviços de caráter eminentemente bancário¹³³, “explorar, com exclusividade, os serviços da Loteria Federal do Brasil e da Loteria Esportiva Federal nos termos da legislação pertinente” (BRASIL, 1969).

Ainda rememorando a natureza jurídica da Caixa Econômica Federal, esta compõe o quadro da administração indireta (DI PIETRO, 2009). Eis a definição doutrinária mais usual, além da definição legal insculpida no art. 1º do DL 759¹³⁴. De modo diferente não prevê o estatuto da CEF, aprovado pelo decreto nº. 6.473, de 5 de junho de 2008, embora não indica expressamente qual a personalidade jurídica da CAIXA, entretanto, reforça o caráter de instituição financeira revestida sob a forma de empresa pública¹³⁵. Além disso, a própria Constituição Federal atribui às empresas públicas o caráter de direito privado, sujeitando-as aos mesmos direitos e obrigações nas esferas cível, comercial, trabalhista e tributária¹³⁶. Com a Caixa Econômica Federal,

¹³² André Ramos Tavares (*In*: CARDOSO; QUEIROZ; SANTOS, 2006) destaca a importância da intervenção do Estado na ordem econômica com o afã de inibir a exploração injusta e desequilibrada do mercado, por parte do privado, forçando uma concorrência justa e a prática de preços razoáveis.

¹³³ Importante se faz distinguir os serviços bancários dos serviços de loteria propriamente ditos. Para tanto, vide item 3.1.4.

¹³⁴ Art 1º Fica o Poder Executivo autorizado a constituir a Caixa Econômica Federal - CEF, instituição financeira sob a forma de empresa (sic) pública, dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e autonomia administrativa, vinculada ao Ministério da Fazenda (BRASIL, 1969).

¹³⁵ Art. 1º A Caixa Econômica Federal - CEF é uma instituição financeira sob a forma de empresa pública, criada nos termos do Decreto-Lei nº. 759, de 12 de agosto de 1969, vinculada ao Ministério da Fazenda (BRASIL, 2008).

¹³⁶ O 1º do artigo 173 da Carta Magna tem-se que a Constituição Federal deixa a encargo da legislação ordinária definir o alcance da expressão, dispondo no inciso II que “a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários” (BRASIL, 1988).

obviamente, não é diferente, podendo estar submetido, inclusive, aos regramentos do CDC.

Nesse passo, não se pode confundir empresa pública com sociedade de economia mista. Apesar de ambas serem estatais, a forma de organização e a composição do capital as diferenciam. A verdade é que, genericamente falando, na compreensão de empresas estatais ou governamentais incluem-se as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as empresas que, não possuindo os caracteres destas, estão submetidas ao controle do governo. “São pessoas jurídicas de Direito Privado cuja criação é autorizada por lei específica, com patrimônio público ou misto, para a prestação de serviço público ou para execução de atividade econômica de natureza privada” (MEIRELLES, 2004, p. 350).

Para Marçal Justen Filho (*In*: CARDOSO; QUEIROZ; SANTOS, 2006, p. 376) o “serviço público é uma atividade, o que significa que há necessidade de estruturas humanas e materiais para atuação permanente e sistemática. Sem essas estruturas não há serviço público”.

Não há dúvida, pois, de que, subsidiada pelos cofres públicos, a Caixa Econômica Federal manifesta uma verdadeira intervenção do Estado no domínio econômico¹³⁷, pondo produtos e serviços em circulação no mercado de consumo. No que tange à exploração de loterias, conferida pela lei, a CEF atua como colaboradora. Todavia, tal condição não afasta o caráter de fornecedor estatuído no Código de Defesa do Consumidor¹³⁸, notadamente pelas atividades de “distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços” (parte final do art. 3º do CDC). A União é quem explora a Loteria, mas não o faz diretamente, mas com a colaboração da CEF. Nesse particular, a empresa pública atua como verdadeira distribuidora dos produtos lotéricos da União. Em uma síntese vulgar, pode-se comparar a União como o “fabricante” da Loteria e a CEF, por sua vez, como distribuidora desse “produto”.

Já se disse anteriormente que, para atuar, ou manter a atividade econômica, a CEF age como verdadeiro instrumento do Estado para o alcance do seu desiderato, de modo

¹³⁷ Embora expressamente restrita a duas ocasiões (*quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo*), seu poder foi amplamente concedido pelo art. 173 da Carta Magna (DI PIETRO, 2009).

¹³⁸ Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (BRASIL, 1990).

que a personalidade jurídica de Direito Privado em que a empresa pública está inserida “é apenas a forma adotada para lhes assegurar melhores condições de eficiência” (MEIRELLES, 2004, 350). Seja de uma forma ou de outra, a verdade é que o conceito de fornecedor, pelo Código de Defesa do Consumidor é absolutamente amplo (ALMEIDA, 2009) comportando em seu bojo a pessoa da Caixa Econômica Federal como fornecedora da Loteria.

Por derradeiro, importa esclarecer que, estando a sua atividade submetida aos princípios básicos da Administração pública (MEIRELLES, 2004), a Caixa detém a capacidade de delegar serviços a particulares, a exemplo de suas permissionárias (as Casas Lotéricas), mediante licitação pública, como reza artigo 2º, inciso IV, da lei nº. 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. Aliás, é sobre essas pessoas jurídicas de direito privado, permissionárias de serviços públicos, que se passa a debruçar.

3.2.4 Atuação das Casas Lotéricas, Enquanto Ente Privado Permissionário de Serviço Público

As Casas Lotéricas, conforme já visto outrora, são pessoas jurídicas de direito privado que concorrem à execução de determinado serviço, via licitação pública¹³⁹, na condição de permissionárias¹⁴⁰ de serviços públicos. Quem delega tal permissão é a Caixa Econômica Federal, através de contrato de adesão firmado entre ambos, e o serviço permitido é aquele constante no estudo delineado nos títulos 3.1.2 e 3.1.3. Para tanto, investem em equipamentos, em recursos tecnológicos e em pessoal, a fim de se habilitar ao pleito permissionário¹⁴¹. Sem dúvida, o estudo dessas entidades é de suma importância, uma vez que o instituto da permissão, regido pelo Direito Administrativo, pode indicar uma direção peculiar no que tange a relação jurídica entre os personagens que figuram a exploração de loterias.

¹³⁹ A Lei Maior prevê, em seu artigo 175, que “incube ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos” (BRASIL, 1988).

¹⁴⁰ O conceito e natureza jurídica das permissionárias de serviço público foram objeto de estudo no título 2.3.

¹⁴¹ O art. 21, § 4º do Decreto-Lei nº. 204/67 adverte que “o credenciamento de revendedores estabelecidos dependerá de prévia comprovação da existência de local apropriado e acessível ao público para a exposição e revenda de bilhetes e pagamento de prêmios” (BRASIL, 1967).

As suas atividades são regulamentadas por *circulares* e através do contrato de adesão firmado entre permitente (CEF) e permissionária (Casas Lotéricas). Nesse particular, vale rememorar que, em razão da escassez de literatura que trate desta matéria, as informações postas a esse respeito são extraídas, basicamente, das cláusulas do modelo padrão do contrato de adesão para comercialização das loterias federais, na categoria casa lotérica ou unidade simplificada de loterias, firmado entre a Caixa Econômica Federal e a empresa interessada (CEF, 2012), além das diversas formas de interpretação doutrinária aplicáveis ao estudo.

O que faz as permissionárias, de fato, é atender os apostadores que buscam os produtos lotéricos, registrando os números apostados, recolhendo pagamento de bilhetes e, a depender do valor, realizam pagamento de prêmios (em valor limitado)¹⁴². Além dessas atividades típicas da Loteria do Estado, as permissionárias também realizam serviços de natureza bancária, a exemplo dos pagamentos de boletos diversos. No que diz respeito às atividades lotéricas, estas se tratam, portanto, de um credenciamento para de revenda dos bilhetes da Loteria, mediante remuneração. A contraprestação pecuniária por este serviço está prevista na destinação dos recursos captados pelas próprias Casas Lotéricas¹⁴³.

O credenciamento de revendedores está previsto no art. 21, § 1º, do Decreto-Lei nº 204, de 1967¹⁴⁴ e deve obedecer ao disposto no art. 175, *caput*, da Constituição Federal¹⁴⁵, salientando-se, entretanto, que as permissionárias não consistem em uma extensão da administração pública, mas atuam por sua conta e risco, por força de um contrato de adesão. Tal credenciamento é restrito ao contrato de permissão e “nenhuma pessoa física ou jurídica poderá redistribuir, vender ou expor à venda bilhetes da Loteria, sem ter sido previamente credenciada pelas Caixas Econômicas Federais” (BRASIL, 1967, art. 20).

Em síntese, a relação existente entre a CEF e as Casas Lotéricas é de permitente e permissionária, regida pelo Direito Administrativo, com espeque nos artigos 170 e 175 da Carta Magna. As suas atividades são limitadas em um instrumento pactual e devem ser

¹⁴² As permissionárias são autorizadas a realizar pagamento de prêmios de até mil reais.

¹⁴³ Vide a comissão de 9% dos lotéricos no item 2.4.

¹⁴⁴ Poderão ser credenciados, para revenda de bilhetes, pequenos comerciantes, devidamente legalizados e estabelecidos que, além de outras atividades, tenham condições para fazê-lo (BRASIL, 1967).

¹⁴⁵ 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 (BRASIL, 1988)..

observadas, nos termos deste (CARDOSO; QUEIROZ; SANTOS; 2006). Isto é, naquilo que rege a relação entre permitente e permissionária. Há, ainda, outra relação a se enfrentar: aquela existente entre apostador e Casa Lotérica.

Nos moldes do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, mormente pelo preceito de “comercialização”¹⁴⁶, as Casa Lotéricas, se enquadra no conceito de fornecedor produtos e serviços. Nesse particular, a permissionária atua como verdadeira comerciante das loterias federais, pondo em circulação os bilhetes lotéricos, mediante remuneração. São as Casas Lotéricas que fazem, efetivamente, os bilhetes de loteria circularem no mercado de consumo.

3.3 CARACTERIZAÇÃO DO APOSTADOR NA RELAÇÃO LOTÉRICA: O APOSTADOR É CONSUMIDOR?

3.3.1 Considerações Sobre o Polo Passivo da Relação de Consumo

Verificada a configuração do produto imaterial e o serviço lotérico ofertado pela exploração da Loteria regulamentada, restou-se patente o objeto mediato como o liame jurídico de possível relação de consumo. De igual modo, ficou evidenciado que tanto a União, como a sua empresa pública – a Caixa Econômica Federal – como as permissionárias de serviço público – as Casas Lotéricas – se encaixa como uma luva no conceito jurídico de fornecedor. Resta, contudo, saber se o apostador se amolda na definição de consumidor. Eis o que se pretende doravante.

Antes, porém, cumpre trazer à memória que o vocábulo consumidor, oriundo do verbo consumir, originário do latim *consumere*, por sua vez, significa acabar, gastar, despender, absorver, corroer. Na linguagem econômica propriamente dita, porém, consumo, seria o ato pelo qual se completa a última etapa do processo econômico (ROSSETI, 1980). Essa linguagem não se verificava no Direito Privado Brasileiro.

¹⁴⁶ Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (grifo nosso) (BRASIL, 1990)..

Tratavam-se de expressões voltadas à ciência econômica, passando a fazer parte quando da promulgação do Código de Defesa do Consumidor e do universo jurídico brasileiro.

Entretanto, a conceituação legal do vocábulo jurídico “consumidor” é empregado pelo Código de Defesa do Consumidor em seu art. 2º, o qual estatui que "consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final" (BRASIL, 1990). Apensar de o Código Protetivo ter incluído, também, por equiparação, "a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que aja intervindo nas relações de consumo" (parágrafo único do art. 2º), o presente estudo se debruçará na definição de consumidor final, por ser o mais próximo da presente proposta, além de delimitar a pesquisa e evitar, assim, o desvirtuamento da discussão.

O conceito de consumidor, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor, leva em consideração apenas o personagem que adquire bens ou que contrata a prestação de serviços, como destinatário final, no mercado de consumo, sendo, desta forma, abstraído de tal conceito, a natureza sociológica e psicológica do consumidor, sendo-lhe atribuído, exclusivamente, o caráter econômico. Nesses parâmetros, pois, pode se dizer que o consumidor “é qualquer pessoa, natural ou jurídica, que contrata, **para sua utilização**, a aquisição de mercadoria ou a prestação de serviço, independentemente do modo de manifestação da vontade; isto é, sem forma especial, salvo quando a lei expressamente a exigir” (grifo nosso) (SIDOU 1992, p. 2).

Veja-se que a expressão em destaque chama atenção a interpretação *finalista* que se atribui ao consumidor (seja pessoa física ou jurídica). De modo não muito diferente, Benjamim (1988, p. 648), um dos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, leciona que:

Consumidor é todo aquele que, para o seu uso pessoal, de sua família ou dos que se subordinam por vinculação doméstica ou protetiva a ele, adquire ou utiliza produtos, serviços ou quaisquer outros bens ou informação colocados a sua disposição por comerciantes ou por qualquer outra pessoa natural ou jurídica, no curso de sua atividade ou conhecimento profissionais.

O último conceito transcrito é mais amplo, pois insere a própria família do adquirente (enquanto pessoa natural, física) no conceito global de consumidor. Seja de um

modo ou outro, pode-se perceber que em ambas as definições, os autores afirmam que qualquer pessoa que adquira ou utilize produtos ou serviços para uso pessoal ou de sua família, destinatários finais, portanto, podem ser designados como consumidores.

O consumidor é, então, um dos partícipes das relações de consumo, uma vez que esta envolve basicamente duas partes: o adquirente de produtos ou serviços (consumidor) e o alienante do produto ou prestador de serviço (produtor/fornecedor/comerciante etc.). Consumidores são aqueles que não dispõem de controle sobre bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes, enfatizando ainda que o consumidor é, pois, de modo geral, aquele que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção, isto é, dos empresários (NUNES, 2009).

Como se observa pelos conceitos trazidos pelo Código protetivo acerca das figuras de consumidor e fornecedor, é imprescindível que se tenha como entes formadores da relação de consumo essas duas figuras em polos distintos, devendo o consumidor figurar em um polo da relação e o fornecedor em outro (LISBOA, 2009).

A relação jurídica, resguardada pelo Código de Defesa do Consumidor, nasce a partir do momento em que uma pessoa (consumidor) adquire determinado produto ou serviço, como destinatário final, de alguém que os fornece em caráter de habitualidade, e com fins lucrativos. O presente capítulo, então, busca saber, nesse contexto, se o apostador se enquadra nos conceitos e critérios acima elencados, a fim de “fechar” os elementos da relação jurídica de consumo, caso se aperfeiçoe, em absoluto, a hipótese de ser o apostador considerado verdadeiro consumidor.

3.3.2 Apostador como Adquirente e Destinatário Final de Loteria

De acordo com a definição legal, o consumidor traz em seu conceito três elementos caracterizadores, os quais: 1) ser pessoa física ou jurídica; 2) ser adquirente de produto ou serviço; 3) ser destinatário final da aquisição de produtos ou aquisição de serviços (ALMEIDA, 2006). Para efeito do presente tópico, se tratará do consumidor de forma genérica, aplicando-se aqui as exposições referentes tanto para pessoa física como jurídica. Entretanto, adiante será visto sobre a possibilidade de haver “pessoa jurídica

como consumidora de loteria”¹⁴⁷. Passa-se, então, a tecer algumas considerações sobre os demais aspectos (“ser adquirente” e “destinatário final”).

Como bem observa Rizzatto Nunes (2009), a lei faz uso do verbo “adquirir”, que tem de ser compreendido em seu sentido mais amplo possível, aquele de obter algo, seja a título oneroso ou gratuito, “porém, como se percebe, não se trata apenas de adquirir, mas também de utilizar o produto ou o serviço” (2009, p. 73). Esta última assertiva enuncia a noção de destino do uso, o que deságua na lição de destinatário final.

De igual modo, seja no fornecimento do produto como na prestação do serviço, faz-se mister acumular a noção de consumidor com a de destinatário final, o que atrela os conceitos de produto e serviço à razão casuística. É por isso que “o legislador adotou a teoria da causa na relação jurídica de consumo, tornando-se necessária a análise da causa da aquisição ou da utilização do produto ou serviço” (LISBOA, 1999, p. 6).

Roberto Senise Lisboa (1999, p. 30 e 36) preleciona mais:

O Código de Defesa do Consumidor adotou a doutrina da causa na relação de consumo, ao preceituar que o consumidor é “o destinatário final do produto e serviço”.

A causa determinante ou final, denominada simplesmente causa, é a razão em virtude da qual as pessoas contraem obrigações. É idéia (sic) filosoficamente correlata à de efeito.

[...]

A causa final é, indubitavelmente, a mais importante das causas que podem ser detectados. É um elemento real e positivo que exerce influência e determina o efeito, pois é o fim para o qual se propõe o agente, o propósito em vista do qual o efeito é produzido.

Deste modo, é possível afirmar que tanto o produto como o serviço é um objeto (mediato) de interesse numa relação de consumo, que tem a finalidade de satisfazer a necessidade de quem o adquire como destinatário final. Nesse contexto, passa-se a questionar qual a necessidade que o consumidor busca satisfazer quando da aquisição da Loteria. O destino final do produto ou serviço lotérico objetiva suprir qual necessidade humana?

¹⁴⁷ Vide título 3.3.3.

Algumas teorias acerca das razões pelas quais apostadores investem nas loterias se fundamentam no componente psicológico do prazer embutido no jogo. Daí a sua utilidade (CONLISK, 1993). Por outra vertente teórica, tem que os motivos residem na pequena crença das reais chances de acerto embutira nas características das diversas modalidades de loterias, tais como a probabilidade e a forma de “marcar os números” (OSTER, 2004).

Por outro lado, estudos mostram que o vício dos jogos de azar é semelhante com a dependência das drogas. O “usuário” não pode injetar, fumar nem cheirar as apostas, mas, se quiser, tem ao seu dispor jogatinas lícitas como há bebida alcoólica ou ilícitas, a exemplo da cocaína (MONTEIRO, 2004). O vício pode ser, lamentavelmente, uma das razões que levam os apostadores a “consumir” loterias.

Estudos mostram que, nos países em que existe exploração de loterias, a venda dos bilhetes lotéricos caem ao passo que sobe o nível de escolaridade dos consumidores apostadores (CLOTFELTER; COOK, 1987). Mas essa assertiva não é absoluta. J.F. Heavey (1978) menciona que a variável educação não era suficientemente significativa para alterar o mercado de loterias. Já A. Hansen (1995), em seus estudos, encontrou uma associação positiva entre o nível de educação e a vendagem dos bilhetes de loteria instantânea. Todavia, existe razoável unanimidade que o nível de educação das pessoas, nos países que exploram loterias, afeta tanto a decisão de participar quanto o volume apostado em produtos de loteria (PRICE; NOVAK, 1999).

Pesquisas na área de consumo mostram que os fatores culturais, sociais, pessoais (familiares) e psicológicos, com algumas variantes para cada um deles, determinam na decisão de compra dos consumidores. Os *fatores culturais* são relacionados aos valores e crenças que se adquire por meio da família e da sociedade e se encontram arraigados no inconsciente das pessoas, determinando atitudes e escolhas moldadas pelo que é aceito pela sociedade em geral. Os *fatores sociais* podem ser caracterizados pelos diferentes papéis que as pessoas representam dentro da sociedade, tendo como grupos de referência a família, amigos, entre outros, que acabam por influenciar o comportamento de compra de um indivíduo. Os *fatores pessoais* dizem respeito às características particulares do consumidor, determinado por momentos e vivências pelas quais um indivíduo está passando, os quais acabam por interferir nos seus hábitos e nas suas decisões de

consumo¹⁴⁸. Os *fatores psicológicos*, por sua vez, se desdobram em quatro importantes elementos que influenciam as escolhas dos consumidores: motivação, percepção, aprendizagem, crenças e atitudes (MEDEIROS; LIMA CRUZ, 2006).

Nelson Lima (2008) informa também que os consumidores passaram a pensar no consumo com a emoção. Ou seja, as decisões de compra sofrem fortes influências afetivas. Seja pelo sonho de ser um milionário, ou pela sensação que as apostas trazem, ou, ainda, por qualquer fator de influência ou sentimental, a verdade é que apostador adquire os produtos e serviços de loterias com fim de satisfazer uma “necessidade”¹⁴⁹ pessoal. Essa necessidade pessoal se aperfeiçoa na aquisição do “bem da vida” que é a *chance*¹⁵⁰. É por meio desse bem, a chance, que o apostador satisfaz a sua necessidade pessoal: o *sonho de riqueza* ou a simples “catarse” provocada pelo fato de apostar, ainda que nisso se desdobre um vício por parte do apostador.

Em síntese, a *chance* é o bem da vida, o produto imaterial fornecido pela Loteria Federal do Brasil que o apostador adquire com o fim de satisfazer uma necessidade e, repita-se, seja esta qual for. A chance é, portanto, o objeto mediato que finaliza o ciclo da cadeia de consumo nas mãos do apostador, o qual se aperfeiçoa em verdadeiro consumidor de loteria. Ao realizar sua aposta, o apostador (doravante, reconhecidamente consumidor) está incorporando ao seu patrimônio uma chance de ganhar o prêmio ou a simples satisfação em apostar. O que vai para o patrimônio do apostador, ora consumidor, como objeto mediato, em caráter de *destino final*, é a chance.

Imprescinde rememorar que não convém admitir que o “bem da vida” venha ser o *prêmio* da aposta em si. A grande soma em dinheiro formada pelo montante arrecadado não é o objeto da aquisição da relação de consumo, pois, o consumidor nem sabe se irá adquiri-lo, mas apenas sabe que tem uma *chance* de tê-lo. O prêmio, como dito antes, é absolutamente aleatório e, por isso, não se faz exaustivo repetir, o apostador se dirige às Casas Lotéricas a fim de adquirir uma chance de ganhar o prêmio e se tornar um

¹⁴⁸ São cinco os elementos que constituem os fatores pessoais: idade e estágio do ciclo de vida, ocupação, condições econômicas, estilo de vida e personalidade (MEDEIROS; LIMA CRUZ, 2006).

¹⁴⁹ Conforme argumentado no item 3.1.2, quem adquire produto ou serviço, o faz em busca da satisfação pessoal. A exemplo dessa satisfação, quem se dirige a uma rede de eletrodomésticos em busca de uma geladeira, ao certo, tem como objetivo conservar alimentos perecíveis em sua residência. Quando a dona de casa contrata um técnico para consertar a sua geladeira, o faz em busca ter o bem em pleno funcionamento.

¹⁵⁰ Já foi dito antes que, ao registrar os seus números no bilhete de aposta, o apostador está adquirindo uma *chance* de concorrer ao prêmio ofertado. Isso porque, deveras, a *aposta* em si é o instituto jurídico que propicia o bem da vida ao apostador e o *bilhete de aposta*, por sua vez, é o título que comprova a aquisição do referido bem.

milionário. Significa dizer que, ao realizar a sua aposta, o apostador *consume* uma chance e não o prêmio em si¹⁵¹.

Por essas razões, e por outras já arroladas no decorrer do capítulo, é que se pode conceber a condição de *consumidor* do apostador. Mas o apostador não é um consumidor qualquer. O apostador não é, e não pode ser comparado, igual à dona de casa que se dirige à loja de eletrodomésticos a fim de adquirir uma geladeira. Esta o faz com um objetivo (finalidade) bastante restrito: conservar produtos perecíveis. O sonho e anseio sobre o bem da vida é, deveras, ordinário, comum¹⁵². A expectativa gerada pelo desejo de adquirir a geladeira, por exemplo, não passa de conservar alimentos.

Quando o apostador, porém, se dirige às Casas Lotéricas para efetivar a sua aposta e adquirir a chance de angariar o prêmio milionário, se envolve em sonhos e anseios muito maiores, incomuns, extraordinários. Atraído pela publicidade e propaganda contundentes e pelo sonho de riqueza, o apostador se envolve com a expectativa, ainda que remotíssima, de ser o dono de uma grande soma em dinheiro (muitas dezenas de milhões, a depender da modalidade de aposta) e, assim, poder ir à loja de eletrodomésticos e adquirir não apenas uma moderníssima geladeira, mas um jogo de sofás, *home theater*, televisor de plasma, etc. além de poder ir ao supermercado e adquirir quantos produtos perecíveis quiser. A expectativa gerada pelo *sonho de riqueza* ultrapassa o anseio de comprar uma geladeira para conservar alimentos.

3.3.3 Pessoa Jurídica como “Consumidora de Loterias” e a Questão Fiscal

Sanada a indagação sobre configuração do apostador enquanto consumidor, passa-se a enfrentar uma abordagem, no mínimo, curiosa: considerando o amplo rol de fornecedores estabelecido pelo CDC, é possível conceber a pessoa jurídica como consumidora de Loteria? Pode uma empresa, por exemplo, pagar por um bilhete de aposta e concorrer ao prêmio do concurso? E se vencedora, poderá resgatar o montante do

¹⁵¹ Quando se falou da natureza jurídica da aposta de loteria (produto ou serviço?) no tópico 3.1.2, foi dito que “o apostador compra uma *chance* e não o *prêmio*”.

¹⁵² Todos os dias consumidores adquirem eletrodomésticos de toda a natureza. A simplicidade da aquisição é tamanha que o surgimento de vício no produto, por si só, não é capaz de ensejar danos morais. Veja farta jurisprudência nesse sentido:

prêmio em seu próprio nome? Ainda que não se tenha percebido, ao decorrer de discussões dos títulos anteriores já foi possível encontrar subsídios para respostas a tais questionamentos.

Antes, porém, insta lembrar que o conceito de consumidor, de acordo com a legislação consumerista, leva em consideração o protagonista que adquire bens ou que contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pouco importando ser pessoa natural (física) ou jurídica, pois é o consumidor é “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (BRASIL, 1990, art. 2º).

Portanto, conforme pôde ser observado, as pessoas jurídicas também foram enquadradas na categoria dos consumidores, desde que fossem as destinatárias finais dos produtos e serviços adquiridos, e não como insumos necessários ao desempenho de atividades lucrativas.

Para realizar a aposta, qualquer pessoa poderá fazê-la. Basta se dirigir a uma das Casas Lotéricas (permissionárias credenciadas para emissão dos bilhetes), marcar os números no volante da aposta, pagar pelo produto e aguardar o sorteio. Até aí, qualquer um que tenha posse do bilhete será titular do mesmo.

Para que a pessoa jurídica se torne “proprietária” do bilhete e, conseqüentemente, *consumidora* da *chance* de angariar o prêmio, deverá anotar seu nome (razão social) e endereço no bilhete de aposta, tal como orienta o art. 6º do Decreto-Lei nº. 204/67: “o bilhete de loteria, ou sua fração, será considerado nominativo e intransferível quando contiver o nome e endereço do possuidor. A falta desses elementos será tido como ao portador, para todos os efeitos” (BRASIL, 1967). Somente assim é que o bilhete se tornará “título nominativo” e não mais “ao portador”¹⁵³.

Veja-se que o dispositivo legal não faz alusão à pessoa física ou jurídica, mas apenas menciona o “possuidor” e “portador”. Sendo de curial sabença que a pessoa física pode ser representada via preposição ou mandato para concretizar os seus interesses e direitos, o preposto ou procurador pode representar a instituição e se valer da de tal condição para levantar o prêmio, em nome da empresa, caso a aposta logre êxito.

De igual modo, na questão fiscal não é diferente. Isso é dito, pois os lucros

¹⁵³ Veja item 1.3.3.

oriundos de prêmios obtidos em loterias (e obviamente será em dinheiro¹⁵⁴) e os prêmios em concursos de prognósticos desportivos (entre outros) são tributados exclusivamente na fonte à alíquota de 30%, com exceção da amortização e resgate das ações das sociedades anônimas (IMPOSTO SOBRE A RENDA INCIDENTE NA FONTE, 2012).

Essa é a disciplina do Decreto nº. 3000 de 1999, ao dispor, em seu artigo 676, que “estão sujeitos à incidência do imposto, à alíquota de *trinta por cento*, exclusivamente na fonte os lucros decorrentes de prêmios em dinheiro obtidos em loterias...” (grifo nosso). Veja que há uma pequena redundância na lei: “prêmios em dinheiro obtidos em loterias”. Conforme já discorrido anteriormente (item 1.1.1), todo prêmio de loteria, como modalidade de contrato de aposta que o é, pela essência de sua natureza jurídica, deve ser em dinheiro. Se houver oferta de prêmio diferente de pecúnia, haverá outra modalidade de aposta ou jogo, mas não de loteria.

A referida norma insculpe a regra de forma ainda mais abrangente, pois insere em seu texto, no mesmo dispositivo supracitado, “as [loterias] instantâneas, mesmo as de finalidade assistencial, ainda que exploradas diretamente pelo Estado”. Nesse particular, o Decreto toca diretamente a Loteria (explorada diretamente pelo Estado) objeto deste estudo. E mais, os “concursos desportivos em geral, compreendidos os de turfe e sorteios de qualquer espécie” também estão inseridas na mesma disciplina (BRASIL, 1999).

Vê-se, pois, que, tal como disposto no Decreto-Lei nº. 204, a norma tributária em comento não fez distinção de pessoa natural (física) ou jurídica para efeito de instituição de alíquota, deixando subentendido que tanto um como outro está submetido à alíquota de trinta por cento. Contudo, a Solução de Divergência Cosit nº 9/2012 (publicada no DOU 1 em 29 de agosto de 2012), esclarece que:

II Beneficiário Pessoa Jurídica:

[omissis]

Quanto aos prêmios em dinheiro distribuídos a beneficiário pessoa jurídica, obtidos em loterias, inclusive as instantâneas, mesmo as de finalidade assistencial, inclusive as exploradas diretamente pelo Estado, concursos desportivos em geral, compreendidos os de turfe e sorteios de qualquer espécie, e também os obtidos em concursos de prognósticos desportivos, *todos estes tipos de prêmios tributam-se exclusivamente na fonte à alíquota de 30%* (grifo nosso). (BRASIL, SDC nº. 9, 2012).

¹⁵⁴ Conforme já discorrido no item 1.1.1, todo prêmio de loteria (modalidade de contrato de aposta), pela essência de sua natureza jurídica, deve ser em dinheiro. Se ofertado prêmio diferente de pecúnia haverá outra modalidade de aposta ou jogo, mas não loteria.

Alfim, que é possível a pessoa jurídica ser consumidora de loteria e titular de um prêmio lotérico não resta dúvida. Mas qual anseio buscaria saciar uma empresa apostando na Loteria? Reiterando a teoria finalista, qual o objetivo, intenção ou necessidade que a pessoa jurídica teria em adquirir produto de loteria?

As respostas para as últimas indagações, certamente, estariam no campo do Direito Empresarial, Tributário e, quiçá, Contábil, mormente pelos critérios de constituição do capital social (em se tratando de sociedade empresária), a forma de tributação e contabilização do valor que passará a incorporar o patrimônio da pessoa jurídica. Ora, admitindo que a hipótese em que a pessoa jurídica auferiria o prêmio da aposta de uma Mega-sena acumulada em quarenta milhões de reais, haveria uma saída de dois reais (aproximadamente o valor da aposta) e a entrada de quarenta milhões nos cofres da empresa. Todavia, não cabe a este estudo enfrentar qual a técnica legal e contábil para efetivar tal operação.

CAPÍTULO IV

RELAÇÃO DE CONSUMO E RESPONSABILIDADE CIVIL NA EXPLORAÇÃO OFICIAL DE LOTERIA

4 RELAÇÃO DE CONSUMO E RESPONSABILIDADE CIVIL NA EXPLORAÇÃO OFICIAL DE LOTERIA

Após debruçar sobre os aspectos contratuais da prática de jogos e apostas, a sua situação atual no ordenamento jurídico brasileiro, mormente no que tange às definições legais, percorrendo pela análise político-econômica da exploração de Loteria pela União, vislumbrando os agentes protagonistas do empreendimento estatal até chegar à detecção da relação jurídica de consumo, o presente estudo, inevitavelmente, deságua em *Responsabilidade Civil*.

O presente capítulo se justifica pela necessidade de aplicar a gama de informações e teorias que foram tecidas anteriormente, contemplando a sua incidência no caso *in concreto*, imprimindo à pesquisa mais que um arcabouço teórico, mas atribuindo-lhe feição prático-jurídica.

Para tanto, serão feitos alguns estudos de caso, ao decorrer do capítulo, os quais serão disseminados nos diferentes tópicos e não em um item próprio. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça será utilizada como ferramenta de fundamental importância para elucidação do debate proposto. Algumas decisões de primeiro grau, bem como de tribunais regionais, também serão utilizadas com o fito de contemplar a visão judicial nas três instâncias sobre casos envolvendo a Loteria.

A partir de agora não mais se questionará sobre a existência ou não da relação jurídica de consumo no âmbito das Loterias estatais. A discussão não se esgotou ainda, é bem verdade, e nem tinha a intenção a tanto. Mas, para efeito do presente estudo, se concluiu pela existência de fornecedor, produto/serviço e consumidor nas relações envolvendo a Loteria explorada pelo Estado. Doravante, portanto, o apostador é consumidor.

No item anterior ficou demonstrado que se aplica o Código de Defesa do Consumidor nas relações de consumo de loteria pela União e, neste capítulo, por sua vez, se buscará entender, com arrimo na doutrina e jurisprudência, de que forma o CDC pode ser aplicado e como o está sendo.

O estudo da responsabilidade civil, entretanto, não ficará restrito ao Código de Defesa do Consumidor, mas será acompanhado pela *novel* teoria da *Perda da Chance*. Com efeito, a natureza jurídica do produto lotérico convida para o debate a citada teoria.

Imprescindível tal enftretamento, pois, em determinado momento se deverá analisar a composição do dano experimentado pelo consumidor. Ao lado das modalidades de dano material e moral, surge no ordenamento jurídico pátrio, sobretudo nos julgados do STJ, a figura da *chance* como *bem* integrante do patrimônio do indivíduo e passível de lesão.

Primeiramente, visualizar-se-á a incidência do Código de Defesa do Consumidor no âmbito do consumo lotérico e a aplicação da teoria da perda da chance no âmbito da responsabilidade civil oriunda de danos possivelmente causados através das loterias federais. Isso será feito de forma universal a todos os fornecedores que protagonizam a relação em baila. Em seguida, se buscará apurar a responsabilidade individualizada de cada fornecedor, com suas respectivas peculiaridades.

Explica-se. De fato, existem três pessoas diversas que figuram o polo ativo da relação de consumo lotérico. Tal como já dito alhures, a União (ente estatal, explorador exclusivo da loteria, como serviço público), a Caixa Econômica Federal (empresa pública, colaboradora exclusiva do mercado lotérico) e as Casas Lotéricas (iniciativa priva que comercializa os bilhetes de loteria) são as fornecedoras dos produtos e serviços de loteria. E por configurarem pessoas jurídicas diversas (Ente Público, Empresa Pública e Empresa Privada), faz-se imperioso apurar a responsabilidade de cada uma das fornecedoras em separado. Saliente-se, outrossim, que se está falando de uma peculiar relação de consumo. Por isso, para cada fornecedora da Loteria do Estado, haverá um tópico apropriado, a fim de enfrentar a questão de forma mais específica.

4.1 CONSUMO LOTÉRICO E RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O título do presente tópico visa consolidar toda a gama de informação trazida ao decorrer do capítulo anterior. Muito embora, pela inteligência dos elementos abordados em cada item, já ficou evidente que a relação de consumo no âmbito da Loteria é patente. Mas, insta trazer algumas conclusões parciais, antes de passar para o capítulo seguinte, o qual será o deságua de toda a abordagem até aqui erguida.

As relações de consumo existem desde tempos muito remotos e as táticas para angariar consumidores datam de muitos anos. Na antiga prática mercantil (cerca de 3 mil

anos antes de cristo), os mercadores fenícios, conhecidos historicamente como bons negociadores, chegavam com seus barcos aos portos estrangeiros e, de forma estratégica, espalhavam as mercadorias ao longo dos cais e aguardavam que os transeuntes (potenciais consumidores) se aproximassem para olhar os produtos e, depois de atraídos por um preço inicialmente irrisório, acabavam comprando mais do que precisavam e por um valor além do estimado. Muito tempo depois, descobriu-se que, afinal, os consumidores também pensavam com os sentimentos: as decisões de compra sofriam também fortes influências afetivas (LIMA, 2008).

Os fornecedores da Loteria Estatal também praticam suas formas estratégicas de angariar apostadores para o consumo de seus produtos: investem em *publicidade* e *propaganda*¹⁵⁵, elaboram diversas modalidades de apostas de acordo com o perfil de cada tipo de apostador, ofertam grandes somas em dinheiro, oferecem serviços bancários nos estabelecimentos lotéricos etc.

São tantas as opções, com o intuito de atrair apostadores de todos os perfis possíveis, que os sorteios ocorrem em dias e modalidades estratégicos. A Mega Sena faz dois sorteios por semana e outros extra em ocasiões especiais (Natal, São João). A Loteria Federal Instantânea, "a raspadinha" (iniciada em 1991), funciona por emissão de bilhetes com prêmios predeterminados pela Caixa Econômica Federal. Essa modalidade agora premia também com bens como carros, jet-skis, motos, etc. A Loteria Esportiva Federal (iniciada em 1970), faz um sorteio semanal. A "Quina" (iniciada em 1994), faz dois sorteios por semana. A Supersena (iniciada em 1995), faz dois sorteios por semana. Finalmente a Mega-Sena (iniciada em 1996), faz um sorteio por semana. Veja no quadro 1 como o jogo se torna de grande vantagem para o governo federal.

Enfim, tudo com o objetivo de atrair potenciais apostadores (consumidores) para os seus produtos e serviços, tal como faziam os fenícios nos cais dos portos. Além de todos esses atrativos, os jogos e apostas são práticas vicejantes, o que faz com que o

¹⁵⁵ Publicidade e Propaganda não são sinônimas. Embora a doutrina tenha sentido dificuldades em distingui-las (se é que tal distinção tenha relevância), existem diferenças entre elas. De acordo com Vidal Serrano Nunes Júnior (2001, p. 22-23), publicidade é "o ato comercial de índole coletiva, patrocinado por ente público ou privado, com ou sem personalidade, no âmago de uma atividade econômica, com a finalidade de promover, direito ou indiretamente, o consumo de produtos e serviços". A Propaganda, por sua vez, é "toda forma de comunicação, voltada ao público determinado ou indeterminado, que, empreendida por pessoa física ou jurídica, pública ou privada, tenha por finalidade a propagação de idéias (sic) relacionadas à filosofia, à política, à economia, à ciência, à religião, à arte ou à sociedade" (NUNES JUNIOR, 2001, p. 29).

apostador retorne mais vezes às Casas Lotéricas, o que os tornam mais vulneráveis do que a dona de casa que se dirige à loja de eletrodomésticos.

Estão presentes, pois, todos os elementos da relação jurídica de consumo: fornecedores, consumidor e produto/serviço:

- a) Como *fornecedores* se encontram a União, a Caixa Econômica Federal e as Casas Lotéricas, todas atuando no fornecimento de produtos e serviços lotéricos: a União explora as loterias com exclusividade (é a dona do negócio), sem caráter de *poder de império*, e o faz com a colaboração da Empresa Pública (a CEF) que, por sua vez, outorga permissão para particulares (as Casas Lotéricas) venderem os produtos e serviços junto aos apostadores. Em vocábulos mais apropriados, pode-se dizer, analogicamente, que a União “fabrica”, a CEF distribui e as Casas Lotéricas comercializam os produtos e serviço lotéricos.
- b) O *produto* está evidente à medida que, mediante remuneração e não tributo, o consumidor adquire uma chance, a qual é fornecida através de um serviço própria da Loteria e comprovado (ou legitimado) pelo bilhete que poderá passar a ser título (de crédito impróprio ou título de legitimação) caso a aposta logre êxito.
- c) Já a figura do *apostador* resta caracterizada à medida que adquire os produtos da Loteria e através dos serviços das Casas Lotéricas, com o intuito de satisfazer uma necessidade pessoal (seja ela qual for), na qualidade de destinatário final.

Estando presentes, destarte, todos os elementos da relação jurídica de consumo (fornecedores, consumidor e produto/serviço), incide, portanto, o Código de Defesa do Consumidor nas relações oriundas da comercialização de produtos e serviços lotéricos pelos citados fornecedores aos apostadores, aplicando-se todo o arsenal protetivo previsto no diploma consumerista, sobretudo a responsabilidade civil objetiva.

Esmiuçar a responsabilidade civil do Código de Defesa do consumidor não é o escopo deste trabalho, mas não se pode permitir que se adentre à responsabilidade civil no âmbito das loterias federais sem antes falar dessa teoria prevista no CDC, mormente quando se analisa, discute e constata a presença de consumo na exploração de loterias pela

União. Por isso, se faz mister rememorar as regras de responsabilização pelo Código Protetivo, abordando, também, o tema proposto.

De modo geral, a responsabilidade civil nasce de um ato ilícito que tem como consequência jurídica a obrigação de indenizar (DINIZ, 2010). No Código Civil brasileiro vigora a regra geral de que o elemento subjetivo, ou da culpa, é imprescindível para a configuração do dever de indenizar. Implica dizer que o Código Civil de 2002 adotou a Teoria da Culpa ou, ainda, a Responsabilidade Civil Subjetiva, prevista em seu artigo 186¹⁵⁶.

No Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8078/90), por outro lado, é diferente e apresenta peculiaridades que marcam uma revolução e divisor de águas do Direito brasileiro (VENOSA, 2008).

Levando-se em conta que as atividades empresariais podem representar um risco especial (Teoria do Risco) aos consumidores e levar alguns fornecedores a priorizar o ganho em detrimento da estrita observância das normas protetivas da saúde e segurança, não teve opção senão adotar a Teoria da Responsabilidade Civil Objetiva, tornando dispensável a comprovação da culpa. A Responsabilidade Civil Objetiva, cumpre destacar, reflete a adoção feita pelo legislador da teoria do risco do negócio. Segundo esta, aquele que explora atividade econômica deve arcar com os danos causados por essa exploração, ainda que não tenha concorrido voluntariamente para a produção do prejuízo (NUNES, 2009).

Quer dizer então que, segundo a multicitada teoria, quem cria um risco deve responder por suas consequências. Não se exige a comprovação de que o ato é culposo ou doloso, basta que seja danoso. Para que haja a obrigação de reparar, enfim, nos moldes da teoria objetiva, interessa somente a comprovação do dano. A vítima deverá provar somente o dano ou prejuízo e o fato que o gerou (nexo de causalidade).

Outra questão que se faz necessária enfrentar é a “subdivisão” da responsabilidade civil na Lei nº. 8.078/901, em *Responsabilidade Pelo Fato do Produto e do Serviço e Responsabilidade Pelo Vício do Produto e do Serviço*. A teoria da Responsabilidade Civil Pelo Fato do Serviço está prevista no art. 12 do CDC, *in verbis*:

¹⁵⁶ “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (BRASIL, 2002, art. 186).

O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos (BRASIL, 1990).

Por fato do produto e do serviço entende-se “um acontecimento externo, que ocorre no mundo exterior, que causa dano material ou moral ao consumidor (ou ambos), mas que decorre de um *defeito do produto*”. (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 498). Para esta compreensão, o artigo 8º do CDC estabelece que:

os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, sendo obrigado o fornecedor a dar informações necessárias e adequadas a seu respeito (BRASIL, 1990).

Em síntese, para haver a responsabilidade do fornecedor faz-se necessário, além do defeito e do nexo de causalidade entre o evento e o dano sofrido pelo consumidor, que o produto entre no mercado de consumo de forma voluntária e consciente.

A responsabilidade por vício do produto ou serviço, por sua vez, não está relacionada com aquela tratada pelos artigos 12 a 14 do CDC. Isso porque a falta de qualidade no fornecimento nem sempre é causa de danos à saúde, integridade física e interesse patrimonial do consumidor. O art. 18 traz um rol de hipóteses em que há vício no produto, sem causar dano à saúde ou integridade física do consumidor (LIMA MARQUES, 2003). Apesar disso, destaca-se ainda a lição do doutrinador Rizzatto Nunes (2009, p. 275):

São consideradas vícios as características de qualidade ou quantidade que tornem os produtos ou serviços impróprios [característica que impede seu uso ou consumo] ou inadequados [pode ser utilizado, mas com eficiência reduzida] ao consumo a que se destinam e também que lhes diminuam o

valor. Da mesma forma são considerados vícios os decorrentes da disparidade havida em relação às indicações constantes do recipiente, embalagem, rotulagem, oferta ou mensagem publicitária.

Nesse diapasão, tem-se, pois, que o Código de Defesa do Consumidor prevê três tipos de vícios por inadequação dos produtos, quais sejam: vícios de impropriedade, vícios de diminuição do valor e vícios de disparidade de informação. Entende-se, ainda, que os vícios são “problemas” que fazem com que o produto não funcione adequadamente; ou fazem com que o produto funcione mal; ou que diminuam o valor do produto; ou não estejam de acordo com informações ou aqueles serviços apresentem funcionamento insuficiente ou inadequado.

Recapitulando os conceitos, tem-se que os vícios previstos no CDC são por inadequação, conforme artigo 18 e incisos; e por insegurança, nos moldes do artigo 12 e incisos (MARQUES, 2003). Significa dizer que o vício está relacionado ao produto ou serviço em si, enquanto que o defeito diz respeito aos acidentes de consumo, mormente oriundo de um vício.

O Código de Defesa do Consumidor tratou da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço e da responsabilidade por vício em seções diferentes (Seção II e Seção III do Capítulo IV), o que significa dizer que se pretendeu diferenciá-las e atribuir-lhes regimes próprios (ALMEIDA, 2006). O defeito (ou fato) do produto ou serviço é, pois, mais grave que o vício, porquanto incide contra a incolumidade física do consumidor ou sua salubridade.

Apesar da importante distinção esboçada nessa pequena síntese erguida aqui, a verdade é que a responsabilidade civil que se propõe debater nas próximas linhas se restringe ao vício do produto e serviço lotérico, ou seja, pela falha na qualidade e adequação dos produtos fornecidos e serviço prestado através da Loteria exclusiva da União. A hipótese presente se restringe à análise da aplicação dos artigos 18 ao 23 do CDC, no que tange à responsabilidade prevista neste estatuto.

Não se apreciará suposição alguma de defeito do produto ou serviço, previstos nos artigos 12 a 17 do Código Consumerista. Ainda que se possa imaginar a hipótese, por

exemplo, de um consumidor vítima de assalto no interior de uma Casa Lotérica¹⁵⁷, presente ali por força do consumo de loteria (responsabilidade civil por fato do produto ou serviço decorrente da atividade econômica da Loteria do Estado) não se ousará a trilhar por tal discussão. Ademais, o estudo perderia o foco, à medida que expandisse os seus horizontes.

Por isso, também não se debruçará sobre o estudo das excludentes de responsabilidade que somente se encontram presente nas hipóteses delineadas nos artigos 12 e 14 do CDC¹⁵⁸. No caso do produto (parágrafo 3º do art. 12), se o fornecedor provar que não foi ele quem colocou o produto no mercado, ou se provar a inexistência de defeito ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros, estará eximido de indenizar. Já no caso do serviço, se o fornecedor provar que o dano ocorreu por culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro ou inexistência do defeito também estará desobrigado a pagar qualquer indenização, além do caso fortuito ou força maior.

Por uma questão de coerência e objetividade, entretanto, repita-se, não serão esmiuçadas as hipóteses de excludentes de responsabilidade previstas no CDC, com vistas a não estender a discussão que serve tão somente como base ao núcleo do tema, adiante.

O que se busca, na verdade, através desse tópico, é analisar se, no caso em baila, há responsabilidade civil nos moldes do CDC. Se esse instituto normativo é aplicável na relação entre apostador e Caixa Econômica Federal; entre apostador e as Casas Lotéricas; e entre o apostador e a União. O doutrinador Rizzato Nunes (2009, p. 71) leciona que “haverá relação jurídica de consumo sempre que se puder identificar num dos polos da relação o **consumidor**, no outro, o **fornecedor**, ambos transacionando **produtos e serviços**” (grifo nosso). Esses elementos em destaque já foram oportunamente

¹⁵⁷ No julgado da apelação cível nº. 2005.72.08.001855-9, a desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler admite que “a existência de agência de correios, casas lotéricas e franquias destes serviços representam por si só um atrativo para as atividades criminosas, pois ciente que os usuários daqueles locais portarão dinheiro em espécie [...] sobre o tema, a rigor, o CDC impõe que os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores (art. 8º), sendo certo que, pelos danos decorrentes de fato do serviço, o fornecedor responde independentemente da existência de culpa (art. 14, *caput*)” (BRASIL, AC 2005.72.08.001855-9/SC, 2009).

¹⁵⁸ A teoria da responsabilidade objetiva não é absoluta, visto que o próprio Código de Defesa do Consumidor, no parágrafo 3º do art. 12 dispõe que “O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. E, de tal modo, no parágrafo 3º do artigo 14, prevê que “o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. (BRASIL, 1990).

vislumbrados nesse trabalho, autorizando, doravante, a incidência do CDC na proposta em tela.

4.1.1 Vício do Produto Lotérico e o Confronto com o art. 18 do CDC

Em toda relação jurídica pressupõe a existência de uma coisa, seja material ou imaterial, funcionando como objeto de interesses antagônicos entre os polos opostos da referida relação. É o chamado bem da vida, como já se mencionou anteriormente, que pode ser um serviço ou produto. É sobre este que o presente tópico fará referência, com amparo no art. 18 do CDC, delimitando a discussão no que tange ao vício do produto.

São duas as espécies de vício do produto, a saber: a) vício de qualidade; e b) vício de quantidade. O primeiro consiste naquele que torna o produto impróprio¹⁵⁹ ou inadequado¹⁶⁰ ao consumo a que se destinam ou lhes diminuem o valor. O segundo diz respeito àqueles em que o conteúdo líquido é inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, por exemplo, ou seja, há disparidade entre o conteúdo e o peso ou medida indicados pelos fornecedores, sendo certo que a quantidade inferior causa prejuízos ao consumidor, sem, contudo, alterar a qualidade do produto (ALMEIDA, 2006). Daí a diferença entre o vício de quantidade e o vício de qualidade. Além da distinção técnica, a reparabilidade dos vícios de qualidade está prevista no art. 18 e o de quantidade no art. 19, ambos do CDC.

No *caput* do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor fica evidente a disposição sobre os vícios de qualidade. Veja-se:

¹⁵⁹ Entende-se por impróprios ao uso e consumo o produto cujo prazo de validade esteja vencido, os deteriorados, alterados, adulterados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação, bem como os produtos que, por qualquer motivo, se revelam inadequados ao fim a que se destinam (ALMEIDA, 2006).

¹⁶⁰ Segundo João Batista de Almeida (2006, p. 95-96) “a inadequação, no vício de qualidade, pode ocorrer, portanto, por impropriedade do produto, diminuição de seu valor ou por disparidade informativa. Considera-se inadequado o produto quando é incapaz de satisfazer os tipos determinantes de sua aquisição, ou seja, a legítima expectativa do consumidor, bem como quando não se mostra conforme outros produtos no mercado ou quando não são observadas normas ou padrões estabelecidos para a aferição da qualidade”.

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas (BRASIL, 1990).

No dispositivo supra, a norma menciona “produtos duráveis e não duráveis”, as quais se tratam de expressões concernentes à garantia legal, disciplinada pelo art. 26 do CDC. Na opinião crítica de Rizzatto Nunes (2009), tais termos não precisavam ser utilizados, em homenagem à uniformização da linguagem. “No caso, bastava colocar “produto”, uma vez que este é o gênero, cujas espécies são duráveis e não duráveis, e que comportam ainda outro tipo de classificação apresentada pelo próprio CDC: “móvel, imóvel, material e imaterial” [...]” (p. 186).

Verdadeiramente, o conceito legal é amplo e possibilita compreender que todo e qualquer bem jurídico, seja ele corpóreo ou incorpóreo, móvel ou imóvel, material ou imaterial, pode ser definido como produto, desde que tenha a característica da consumibilidade, vislumbrando o consumidor no *ponto final* da relação. Tais características, aliás, já foram esmiuçadas em título anterior¹⁶¹.

Os produtos duráveis, por sua vez, são aqueles que não desaparecem com o uso, como carro, roupa, geladeira, relógios etc. Os produtos não duráveis, contudo, desaparecem ou acabam com o uso, a exemplo de bebidas e alimentos (LISBOA, 1997). E o produto lotérico, a chance, onde se encaixa nessas definições? Produto durável ou não durável?

De modo direto, pode-se dizer que o bem adquirido pelo consumidor perante a Loteria estatal tem configuração de *produto não durável*. Isso porque, ao registrar os seus números no bilhete de aposta, o apostador está adquirindo uma chance (o produto, o bem da vida) de concorrer ao prêmio ofertado.

Explica-se. Após o sorteio dos números, a chance adquirida pode se materializar no ganho do prêmio da aposta ou no insucesso (mera expectativa) do pleito no prognóstico numérico. Significa dizer que, em dado momento, a chance desaparece,

¹⁶¹ Vide item 3.1.

independentemente da sorte do consumidor. Torne-se ele um milionário ou não, o produto adquirido no balcão da Casa Lotérica se acabará logo após o sorteio. Já foi dito anteriormente que a chance existe independentemente de ganho do prêmio¹⁶². De igual modo, ela se consome, se desaparece, se exaure, com o ganho ou não da referida promessa. Basta que ocorra o sorteio pré-estabelecido e o produto desaparecerá.

Pode-se resumir, então, que o produto adquirido através da Loteria explorada pela União, a chance, compreendida tal como objeto mediato, é bem imaterial e não durável. Verdadeiramente, a chance se apresenta como um produto *sui generis* e só perdura enquanto não ocorre o sorteio. Após o sorteio, a chance pode se materializar e o que era uma “expectativa de direito” se transforma em um patrimônio material (o prêmio em dinheiro).

Além desses atributos conferidos ao produto da atividade lotérica, deve-se salientar também que a *chance*, no âmbito das loterias, é sempre única, pois, dependente da sorte (álea), o apostador jamais poderá ter outra igual. Em sede de prognóstico numérico, os números jogados, os números sorteados, a quantidade de apostadores, de vencedores, o número de apostas realizadas, o montante arrecadado etc. raramente coincidirão novamente. Isto é, para não dizer “nunca”. Com efeito, todos esses fatores interferem na constituição e formação da *chance*.

Sendo única, então, a chance, enquanto produto da relação jurídica de consumo no âmbito das loterias federais, não será suscetível de substituição “por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso”, nos termos do inciso art. 18, § 1º, I do CDC¹⁶³.

Seguindo em análise aos incisos seguintes do mesmo dispositivo legal retromencionado, vê-se que “a restituição imediata da quantia paga” (inciso II, primeira parte) se torna uma opção inócua, uma vez que o produto (chance) é incomensuravelmente mais valioso do que a importância pecuniária paga pela aquisição da mesma. De modo semelhante à primeira parte do inciso I, é de se observar que “o abatimento proporcional do preço” (inciso III) também se torna uma alternativa

¹⁶²“Não se admite cogitar que o “bem da vida” possa ser o *prêmio* da aposta em si (o montante auferido na aposta), pois este é absolutamente aleatório¹⁶². Pode ocorrer ou não. Se o fosse, o *produto* (objeto mediato) da Loteria Federal só passaria a existir concretamente para o efetivo vencedor da aposta. Daí, o apostador iria apenas contratar um serviço de aposta. Se acertasse os números marcados, passaria a adquirir o produto: o prêmio (Vide item 3.1.2).

¹⁶³ Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso [...] (BRASIL, 1990).

impraticável ao consumidor, pelas mesmas razões expostas anteriormente. Igual sorte incorre os parágrafos 4º a 6º do mesmo dispositivo¹⁶⁴.

De certo, a real reparação ao consumidor, por eventuais danos decorrentes de vício do produto lotérico, se vislumbra na sentença “sem prejuízo de eventuais perdas e danos” (inciso II, segunda parte). Este particular será melhor abordado adiante.

Por outro lado, não se vê incompatibilidade na incidência do parágrafo segundo do art. 18, o qual disciplina que “poderão as partes convencionar a redução ou ampliação do prazo previsto no parágrafo anterior, não podendo ser inferior a sete nem superior a cento e oitenta dias”¹⁶⁵ (BRASIL, 1990). O mesmo não se pode dizer, todavia, com relação ao § 3º¹⁶⁶ do referido dispositivo, porquanto, no produto lotérico, não se vislumbra a possibilidade de substituição de partes viciadas (a chance é indivisível), nem a diminuição do valor do produto (após a sua aquisição, a chance se torna um bem de valor inestimável) e tampouco se enquadra no conceito de “essencial”.

Assim, vê-se que, apesar de se enquadrar como *produto não duvável*, a chance constitui um bem diferenciado e não pode ser tratado como um elemento ordinário (a exemplo de bebidas e comidas), em razão de suas peculiaridades jurídicas. Eis um produto *sui generis*, como já se disse anteriormente, e por isso não pode receber o tratamento dos incisos elencados no parágrafo 1º do artigo 18 do CDC para fins de responsabilização do fornecedor, sob pena de conceder ao consumidor uma reparação meramente “pró-forma”, sem real e efetivo cunho reparatório.

Por isso, entende-se que a possível lesão pelo vício do produto lotérico (a chance) tem natureza jurídica peculiar e a forma de reparação do dano não poderá seguir os

¹⁶⁴ § 4º Tendo o consumidor optado pela alternativa do inciso I do § 1º deste artigo, e não sendo possível a substituição do bem, poderá haver substituição por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço, sem prejuízo do disposto nos incisos II e III do § 1º deste artigo;

§ 5º No caso de fornecimento de produtos in natura, será responsável perante o consumidor o fornecedor imediato, exceto quando identificado claramente seu produtor.

§ 6º São impróprios ao uso e consumo:

I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;

II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;

III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam (BRASIL, 1990).

¹⁶⁵ A segunda parte do dispositivo legal observa que, “nos contratos de adesão, a cláusula de prazo deverá ser convencionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor” (BRASIL, 1990, art. 18, §2º).

¹⁶⁶ “O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1º deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial” (BRASIL, 1990).

métodos substitutivo (I), redibitório (II) ou compensatório (III), meramente. A chance, quando lesada (ou perdida), deve receber tratamento diferenciado, conforme será explanado adiante.

4.1.2 Vício do Serviço Lotérico e o art. 20 do CDC

Os serviços, de modo geral (seja bancário, médico, de estacionamento, de guarda de bens, consertos e reparos etc.), tem garantido o crescimento do emprego (e trabalho) nos últimos dez anos e aumentando progressivamente a participação no Produto Interno Bruto (PIB). Nos últimos três anos chegou a aumentar 2 pontos percentuais na totalidade do PIB. No primeiro semestre de 2011 correspondeu a 70% da mão de obra no Brasil (OLIVEIRA, 2011). No primeiro semestre de 2012, os serviços representaram um crescimento de 0,6 % no PIB, o que representa uma diferença superior de 1,6% em relação ao mesmo período do ano anterior (IBGE, 2012).

Destarte, os serviços representam, sem dúvida, uma grande força motriz na economia de mercado. Os vícios de serviços, contudo, estão por toda parte no mercado de consumo, seja na contratação de um pedreiro para realizar reparos em uma parede com infiltração ou no serviço prestado por grandes operadores da bolsa de valores, por exemplo. “Seguramente, o índice de defectibilidade [leia-se vício] dos serviços prestados na sociedade de consumo é muito mais elevado que dos produtos fornecidos [...] comprometendo a harmonia e equilíbrio das relações de consumo” (DENARI, 1994).

O serviço eminentemente lotérico também está suscetível de incidir em vícios. Antes de detalhar essa possibilidade, porém, vale repetir que é inegável a existência de um serviço no fornecimento do produto lotérico, uma vez que, ao se dirigir ao estabelecimento do comerciante responsável pela emissão dos bilhetes (Casas Lotéricas), o apostador se depara com um grande aparato tecnológico e humano à sua disposição para efetuar o registro dos números apostados (a exemplo da loteria de prognóstico numérico).

Muito embora esse serviço não se exaure em si mesmo, mas apenas possibilita o fornecimento do “bem da vida”, porém, na maioria das aquisições de determinados bens, leciona Fernando Vasconcelos (2008), existe um serviço que possibilita, intermedeia ou facilita o consumo. Não é novidade que todo produto vem acompanhado de um serviço

que lhe propicie. Ou, em outras palavras, não existe fornecimento de produto sem serviço. Ou seja, o serviço lotérico não se exaure em si mesmo, mas apenas possibilita o fornecimento do objeto mediato da relação de consumo de loterias.

E é na prestação do serviço, mesmo com características de intermediação, que pode ocorrer a falha no fornecimento do produto lotérico, pois se trata do procedimento técnico para registrar o bilhete no sistema da CEF, a qual reconhecerá e validará a aposta. Em havendo falha nesse procedimento, o apostador poderá ter lesado a sua chance. E foi exatamente o que aconteceu com um grupo de quarenta apostadores que jogaram na Mega-Sena (concurso 1155).

No dia 20 de fevereiro de 2010, quarenta apostadores jogaram na Mega-Sena, através do chamado “bolão” realizado exclusivamente pela Casa Lotérica, na cidade de Novo Hamburgo/RS. Na ocasião, o grupo alega ter acertado as seis dezenas e ganhado o prêmio de R\$ 53 Milhões de reais. Ocorreu, contudo, que a aposta não foi registrada pela permissionária e a CEF, por sua vez, não reconheceu o direito ao pagamento do prêmio aos consumidores (ESTADÃO, CAIXA SUSPENDE LOTÉRICA, 2010).

A imprensa nacional passou a noticiar massivamente sobre o infortúnio: “eles dizem que num dos jogos feitos na lotérica há os mesmos seis números sorteados pela Caixa no sábado. Segundo a Caixa Econômica Federal, porém, não houve acertadores na faixa principal e o prêmio acumulou” (GLOBO, APOSTADORES DE NOVO HAMBURGO, 2010).

Na ocasião do concurso nº 1155, os números sorteados foram “20 – 28 – 40 – 41 – 51 – 58”. Segundo notícias veiculadas pela CEF, 76 apostas acertaram cinco números, tendo direito ao prêmio parcial de R\$ 47.668,53. Outras 6.061 apostas acertaram quatro números, logrando em receber cada uma a importância de R\$ 853,89 (na época, ao todo, o sorteio do concurso nº. 1155, arrecadou R\$ 61.880.258). O concurso seguinte foi realizado no dia 24 de fevereiro de 2010. No mesmo dia do sorteio, a Caixa Econômica Federal noticiou que ninguém teria acertado as seis dezenas e, conseqüentemente, não houvera vencedor do prêmio milionário da loteria (G1, MEGA-SENA ACUMULA, 2010).

A Polícia Civil de Novo Hamburgo (RS) ouviu os apostadores que adquiriram o bilhete do bolão confeccionado pela permissionária (Casa Lotérica Esquina da Sorte), a qual imprimiu um comprovante com os números sorteados. Cada comprovante do bolão custou R\$ 11 reais e, de acordo com as investigações, eram 40 cotas do prêmio à venda, o

que renderia a importância de R\$ 1,3 milhão para cada apostador (FOLHA, POLÍCIA DE NOVO HAMBURGO, 2010).

Os bolões realizados pelas agências lotéricas são uma modalidade criada e vendida pelas permissionárias com base apenas numa relação de confiança com seus consumidores, à revelia da permitente. O apostador recebe um comprovante oferecido pela Casa Lotérica, enquanto esta paga os jogos à Caixa Econômica Federal e retém o volante oficial, o qual constitui único título que dá direito ao resgate do prêmio. Os bolões, na acepção jurídica do termo, nada mais são que um serviço clandestino de intermediação¹⁶⁷.

No caso do referido sorteio nº. 1155 da Mega-sena houve, de uma forma ou de outra, uma falha no procedimento de registro do bilhete de aposta. Significa dizer, portanto, que houve um vício do serviço lotérico. Em havendo vício do serviço, automaticamente a lógica jurídica leva à incidência do art. 20 do Código Consumerista, a fim de proceder à reparação do dano experimentado pelo consumidor. É sobre essa incidência que o presente título se ocupa.

O artigo 20 do Código de Defesa do Consumidor, ao tratar da responsabilidade do fornecedor pelo o vício do serviço, o faz, em único artigo, no tange aos aspectos da qualidade e quantidade. No que tange ao primeiro aspecto, o referido dispositivo legal dispõe que “o fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor”, além do comando prescrito no parágrafo segundo do mesmo dispositivo¹⁶⁸. No segundo, a lei protetiva assevera: “assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária” (BRASIL, 1990, art. 20).

¹⁶⁷ Pouco antes do encerramento deste trabalho, a CEF publicou em sua página virtual um comunicado informando que a administradora da Loteria estaria promovendo “bolões” denominados “Bolão Caixa”, abrangendo a Mega-Sena, Lotofácil, Quina, Dupla Sena e Loteca. Segundo a instituição, é possível também que o apostador organize os seus próprios bolões com a certeza de que as cotas dos participantes terão o mesmo valor e a mesma probabilidade de acerto. Ou seja, se o bolão organizado pelo indivíduo for premiado, os participantes dividem o prêmio em partes iguais. A CEF também permitirá a compra de quotas em volantes, por meio de bolões organizados pelas casas lotéricas (a mesma prática que gerou a negativa de pagamento do prêmio aos apostadores de Novo Hamburgo). Informa ainda que, “nesse caso, poderá ser cobrado um valor de até 35% do preço da cota como Tarifa de Serviço. No caso de bolões organizados diretamente pelos apostadores, não há Tarifa de Serviço” (BOLÃO CAIXA, 2012).

¹⁶⁸ § 2º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade (BRASIL, 1990, art. 20).

Em ambos os casos, seja por vício de qualidade ou de quantidade do serviço, poderá o consumidor, de acordo com o multicitado comando legal, exigir, à sua escolha, qualquer uma das seguintes alternativas:

- I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;
- II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;
- III - o abatimento proporcional do preço.

As medidas transcritas acima visam prestar reparabilidade a eventuais danos suportados pelo consumidor¹⁶⁹. Todavia, nem sempre é viável a escolha das alternativas postas pela lei. A exemplo, a lição de Zelmo Denari (1994, p. 138), um dos autores do anteprojeto do CDC, esclarece que “os serviços prestados por um pedreiro ou encanador podem ser reexecutados, mas isto nem sempre consulta aos interesses ou conveniência dos usuários. Esta particularidade explica a ressalva “quando cabível”, expressa no inc. I”.

Se a reexecução de um serviço de encanamento (ocorrência razoavelmente ordinária), por exemplo, pode não coadunar com a conveniência do consumidor, o que dirá do serviço lotérico que pode envolver uma consequência milionária. Com efeito, a “reexecução dos serviços” (I) nem sempre é “cabível” nas relações de comum cotidianas e, a exemplo do dos apostadores de Novo Amburso/RS, reexecutar o sorteio de um concurso lotérico em nível nacional, por falha na prestação do serviço que prejudicou uma pessoa ou pequeno grupo, se torna inviável. Pelo caráter eminentemente aleatório, certamente, um novo sorteio revelará novos números diferentes daqueles apostados (e acertados inicialmente, se não fosse pela falha do serviço lotérico), além do tumulto que se provocaria aos terceiros de boa-fé (demais apostadores).

De igual sorte incorre as hipóteses dos demais incisos do art. 20, pois “a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada” (II, primeira parte) se

¹⁶⁹ O professor Fernando Antônio de Vasconcelos (2008, p. 23) leciona que “no caso de existência de algum vício na prestação do serviço, o consumidor pode exigir que o serviço seja feito novamente, sem pagar nenhuma remuneração por isso. Pode ainda exigir o abatimento no preço em relação ao serviço prestado, também a devolução do que pagou, em dinheiro, com correção (...) a reexecução do serviço pode ser feita por terceiros devidamente capacitados, conta e risco do fornecedor, e não do consumidor”.

mostra indiscutivelmente desprezível com relação ao prêmio ofertado, principalmente se for detectado, após o sorteio, que o apostador seria o ganhador da grande soma em dinheiro se não fosse pelo vício do serviço da Casa Lotérica. De igual modo, ocorre com a hipótese do inciso seguinte, pois o “abatimento proporcional do preço” (III) se mostra impraticável diante da perda sofrida pelo consumidor.

Se houver falha na prestação do serviço lotérico, como erro de impressão, por exemplo, o apostador terá perdido a oportunidade de participar da investida em detrimento da realização do sorteio que ocorre para todos os apostadores. Ora, a Casa Lotérica não poderá reimprimir o bilhete para concorrer a um sorteio já realizado e nem poderia transferir esse poder a outrem e, dificilmente optará o apostador pelo batimento do preço que, a depender da modalidade de loteria, é desprezível em relação ao prêmio. O serviço prestado pela Casa Lotérica, nesse passo, não se mostra suscetível de reexecução pelo fornecedor (Seja a União, CEF ou Casa Lotérica), nem de abatimento do preço e nem, tampouco, de reexecução por terceiros.

Assim como foi dito do tópico anterior, a saída viável para a reparação do dano experimentado pelo apostador/consumidor se encontra na sentença expressa na segunda parte do inciso segundo que assegura proteção ao consumidor “sem prejuízo de eventuais perdas e danos”. As perdas e danos a que se refere o código consumerista defende-se estar embutida na chance escoada. E é sobre o tema que se passará a expor no título seguinte.

4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DA CHANCE DO APOSTADOR

4.2.1 Distinções Entre Dano Material, Dano Moral e Perda da Chance no Consumo de Loteria

Rezam os princípios da responsabilidade civil que aquele que causar prejuízo a outrem fica obrigado a reparar os danos, seja o Estado ou o privado, o dever de indenizar subsiste. Por isso, diante de toda discussão já tecida até o presente momento, não se pode deixar escapar do estudo a espécie do dano suportado pelo apostador, em razão da falha na

prestação do serviço lotérico e, conseqüentemente, pelo não reconhecimento ou não pagamento de um bilhete que seria premiado, se não fosse pelo vício do serviço.

O dano é, indubitavelmente, mais um dos elementos, quiçá o mais importante deles, para configuração da responsabilidade civil. A verdade é que sem a prova do dano efetivo, ninguém pode ser civilmente responsabilizado (GONÇALVES, 2009). Isso porque, se não há dano, não há o que reparar ou indenizar. Conforme leciona Maria Helena Diniz (2010, p. 61):

Isto é assim porque a responsabilidade resulta em obrigação de ressarcir, que, logicamente, não poderá concretizar-se onde nada há que reparar. Não pode haver responsabilidade civil sem a existência de um dano a um bem jurídico, sendo imprescindível a prova real e concreta dessa lesão. Deveras, para que haja pagamento de indenização pleiteada é necessário comprovar a ocorrência de um dano patrimonial ou moral, fundados não na índole dos direitos subjetivos afetados, mas nos efeitos da lesão jurídica.

Ora, a ocorrência de um dano é imprescindível para a imputação da responsabilidade civil. Só haverá a obrigação de pagar indenização se houver lesão a um bem juridicamente tutelado. A existência do dano é necessária de tal modo que mesmo havendo um ato ilícito, uma violação de um dever jurídico, a culpa ou mesmo o dolo, se não houver dano, não há responsabilidade (GONÇALVES, 2009).

O dano pode ser material ou simplesmente moral (sem repercussão no patrimônio da vítima), mas não apenas nestas duas modalidades. Já surgem debates doutrinários e julgados nas cortes brasileiras aclamando a novel teoria da perda da chance (objeto do presente título), inserindo no contexto jurídico brasileiro o reconhecimento da chance como *bem* e uma moderna concepção de sua respectiva tutela jurídica.

Antes, porém, para fomentar a discussão inicial, é imperioso apontar que as espécies de danos emergentes e lucros cessantes (do gênero *dano material*), bem como o dano moral são modalidades de lesões próprias, distintas e com diferentes critérios de reparação. Isso é dito, pois, entende-se que a *perda da chance* é uma modalidade de dano *sui generis* e com aquelas não se pode se confundir. Daí, cumpre abordar, em uma breve síntese, sobre cada uma dessas modalidades de dano.

O prejuízo material é a modalidade de dano que se perfaz na ofensa a um bem de ordem patrimonial, que pode se revestir de forma *emergente* ou de *lucro cessante*. Esses critérios estão previstos no art. 402 do Código Civil, o qual dispõe que “salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar” (BRASIL, 2002)

Em síntese, o dano emergente está inserido na noção “do que ele efetivamente perdeu”, ou seja, é o prejuízo definitivamente experimentado. “Representa, pois, a diferença entre o patrimônio que a vítima tinha antes do ato ilícito e o que passou a ter depois” (GONÇALVES, 2009, p. 343). Traduzindo para o universo lotérico, o dano emergente diria respeito à diminuição do patrimônio do apostador, que ocorre senão pelo valor do bilhete pago, infinitamente desprezível em relação ao prêmio almejado.

O lucro cessante está compreendido na expressão “o que razoavelmente deixou de lucrar” que, em outras palavras, é a vantagem econômica que ele deixou de auferir, em razão do prejuízo que lhe foi causado (DINIZ, 2010). *In casu*, ainda que se pudesse vislumbrar o absoluto direito ao recebimento do prêmio lotérico e não o sendo pago ao apostador vencedor, este não sofreria lucros cessantes, pois, se esta modalidade de dano se traduz naquilo que habitualmente deixou de lucrar, não há se falar em *lucro* se o montante seria auferido em atividade eminentemente aleatória (aposta).

Seja por dano emergente, seja por lucro cessante, ambas modalidades estão inseridas na compreensão de dano material, que representa toda ofensa capaz de causar a diminuição no patrimônio da vítima (VENOSA, 2008) e sua indenização ocorrerá na justa medida daquilo que foi extirpado do seu acervo patrimonial ou que deixou de integrá-lo.

Todavia, os danos que a vítima pode sofrer nem sempre tem apreciação econômica. Há bens juridicamente tutelados que podem ser alvo de ofensa, mas não patrimonialmente mensurável. É o caso da moral, da imagem, da integridade física etc. Em linhas conceituais, entende-se por dano moral aquele “que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc.” (GONÇALVES, 2009, p. 359).

A Constituição Federal preceitua, em seu art. 5º, inciso X, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988).

Essa garantia, que visa reparação por danos a interesses ou bens imateriais ou não patrimoniais, se estende tanto às pessoas naturais como às pessoas jurídicas, nos termos do art. 52 do Código Civil e Súmula 227 do STJ (DINIZ, 2010).

Não se pode, entretanto, ampliar o entendimento do que seja dano moral, tampouco dar-lhe interpretação equivocada. Com o fito de assim evitá-los, a doutrina já lecionou que “o dano moral não é propriamente a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso” (GONÇALVES, 2009, p. 359). A esse respeito, Maria Helena Diniz (2010, p. 93) defende que “estes estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano” e não o dano em si.

Assim, pode-se dizer, em apertada síntese, que o “dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua situação é dentro dos direitos de personalidade” (VENOSA, 2008, p. 41). O prejuízo, deveras, transita pelo imponderável, razão porque aumenta a dificuldade de se estabelecer a justa recompensa. Como asservera, Silvo de Salvo Venosa (2008, 41), “não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização”.

Vê-se, assim, a flagrante dificuldade que existe em definir os parâmetros e limites do dano moral e sua consequente reparação. Se, por um lado, há impasses em sua conceituação e incidência, por outro subsiste o enigma em estabelecer o *quantum* indenizatório, visto que este, em muitas ocasiões, se estabelece além ou aquém daquilo que a vítima, efetivamente, entende como lesão moral.

A verdade é que, conforme o entendimento supra, apesar do subjetivismo impregnado na reparação desse tipo de dano, entende-se que se deve prevalecer o critério objetivo da capacidade de um homem médio suportar o evento. Destarte, entende-se que o dano moral deve representar uma razoável gravidade indenizável (GONÇALVES, 2009), conforme destaca Pontes de Miranda (*apud* GONÇALVES, 2009, p. 361), “o que se há de exigir como pressuposto comum da reparabilidade do dano não patrimonial, incluído, pois, o moral, é a gravidade, além da ilicitude. Se não teve gravidade o dano, não há se pensar em indenização”.

Além dos prejuízos compreendidos como danos emergentes, lucros cessantes e danos morais, em razão de uma conduta dolosa, culposa (ou não) praticada por outrem,

pode a vítima ficar privada da oportunidade de obter determinada vantagem, o que pode ensejar direito de indenização pela perda de uma chance ou oportunidade.

A perda de uma chance ou de uma oportunidade, por sua vez, perfaz-se uma modalidade de dano bastante diferenciada e com peculiaridades próprias. Isso porque, entende-se que a oportunidade ou chance seria um bem que já estava incorporado ao patrimônio da vítima e que foi frustrado por ação ou omissão do agente (LOPES, 2010).

Muito embora seja pouco difundida no ordenamento jurídico brasileiro, a teoria da responsabilidade civil pela perda da oportunidade ou da chance, que já vem sendo bastante utilizada na Europa, mormente na França e será a base para apontar o suposto dano sofrido pelo apostador.

Essa nova concepção de dano passível de indenização teve origem a partir da análise de casos concretos que levavam a compreender que independente de um resultado final, a ação ou omissão de um agente que privasse outrem da oportunidade de chegar a ao objetivo fosse responsabilizado, ainda que este evento futuro não fosse objeto de certeza absoluta (ESTOCO, 2004).

Ora, de acordo com a teoria da Perda de uma Chance, o dano nasce de um prejuízo direto e imediato à vítima, e a sua caracterização decorre do fato de ter privado alguém da obtenção da oportunidade de chance ou um resultado útil. Pressupõe-se que o fato em si não ocorreu por ter sido interrompido pela ação ou omissão do agente.

Então, o que se pretende reparar, nos moldes da referida teoria, não é a perda da vantagem esperada, mas sim a perda da chance de obter a vantagem. Pouco importa se o resultado seria favorável ou não. Todavia, cabe salientar, ainda, que a suposta chance de alcançar o resultado útil deve ser real, uma vez que o dano meramente hipotético não é passível de indenização (VENOSA, 2008), consoante ficará detalhado a seguir.

4.2.2 Propedêutica da Teoria da Perda da Chance e sua Incidência no âmbito da Loteria

Muito embora seja pouco difundida no ordenamento jurídico brasileiro, a teoria da responsabilidade civil pela perda da oportunidade ou da chance é de extrema importância para o desfecho deste trabalho. Isso porque será com base nessa teoria que

será apontado o suposto dano sofrido pelo apostador. Explica Rafael Peteffi da Silva (2006) que existe um tipo de dano autônomo nos casos em que o agente interrompe definitiva e irreversivelmente o *processo aleatório em curso*, sendo o prejuízo a própria perda da oportunidade.

Parte da doutrina brasileira entende que se trata de uma espécie de lucro cessante e outra, de dano emergente. Outra corrente defende que a perda de uma chance se trata de uma categoria de um dano específico e indenizável, baseado na perda da oportunidade de alcançar um resultado final, isto é, na chance extirpada. Alguns chegam a preconizar que se trata de um novo paradigma, fundado na dignidade da pessoa humana que modificou o eixo da responsabilidade civil, que não considera mais como seu principal desiderato a condenação de um agente culpado, mas a reparação da vítima prejudicada (DUTRA, 2010).

Resta consolidar, contudo, que o enquadramento desse dano não cabe exatamente no prejuízo emergente nem nos lucros cessantes, ante a probabilidade e não certeza de obtenção do resultado aguardado. Entende-se, ainda, que se trata de uma terceira espécie intermediária de dano, entre o dano emergente e o lucro cessante (MELO, 2007).

Essa nova concepção de dano passível de indenização teve origem a partir da análise de casos concretos que levavam a compreender que, independente de um resultado final, a ação ou omissão de um agente que privasse outrem da oportunidade de chegar a este resultado fosse responsabilizado, ainda que este evento futuro não fosse objeto de certeza absoluta (ESTOCO, 2004).

Todavia, diferentemente do que ocorre nos países europeus, o ordenamento jurídico brasileiro ainda é bastante tímido quando se trata da natureza jurídica das chances perdidas. Em que pese o mesmo estudo ter passado despercebido pelas decisões jurisprudenciais de alguns países, o fato é que, em muitos outros, notadamente na França, foi decisiva (MARIN; PLAZA; TARREGA, 2012).

Inúmeros casos já chegaram aos tribunais, desde os mais comuns (como negligência médica que ocasiona a perda da chance de cura ou sobrevivência do paciente e a inércia do advogado que causa a perda da chance de êxito da ação judicial) até os diferentes casos em que demonstra a perda da oportunidade de ganhar um prêmio máximo

num programa de televisão¹⁷⁰ ou numa maratona olímpica¹⁷¹. Esses dois últimos episódios são os que mais se identificam com a proposta em baila. Há, ainda, casos em que foi perdida a chance de evitar um mal, ainda que assim seja considerado na restrita concepção do agente, como no impetuoso caso Perruche¹⁷².

Pode-se falar em frustração da chance de se obter uma vantagem futura, quando a vantagem não mais se verificar, eis que perdida a possibilidade; e em frustração da possibilidade de evitar um dano efetivamente acontecido, em situações em que, por se impedir a oportunidade de evitá-lo, ele ocorreu (PETEFFI DA SILVA, 2006), causando dano à vítima.

Para efeito do presente estudo, entretanto, limitar-se-á a abordar a perda da chance de se obter uma vantagem, já que o estudo da novel teoria, dentro do contexto até aqui esboçado, é dirigido a essa finalidade (perda da chance de ganhar um prêmio de loteria), deixando a “chance de se evitar um prejuízo” de lado.

Antes, porém, de adentrar na questão teórica propriamente dita, em um conceito intróito e sintético, cumpre aduzir que por chance, deve-se entender por um processo que oportuniza a determinada pessoa a obtenção, em projeção temporal, de algo que lhe seja proveitoso (uma vantagem), segundo leciona Rafael Peteffi da Silva (2006). É como se a chance ou oportunidade funcionasse como um processo aleatório¹⁷³, com várias etapas ou fases, a fim de alcançar determinado objetivo ou vantagem. Nesse sentido, a perda de uma

¹⁷⁰ Trata-se de uma pergunta mal formulada que impediu uma participante do programa de televisão “Show do Milhão” (edição do dia 15 de junho de 2000), de chegar ao prêmio máximo oferecido, no total de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais em barras de ouro). O programa apresentado pelo empresário Silvio Santos consistia num concurso de perguntas e respostas, no qual o participante respondia a diversas questões sobre conhecimentos gerais. Mais detalhes no próximo item.

¹⁷¹ Ocorreu nas Olimpíadas de Atenas, em 2004, quando o desportista brasileiro Vanderlei Cordeiro de Lima foi empurrado e perdeu a oportunidade de conseguir a medalha de ouro. O atleta ocupava o primeiro lugar da corrida, quando um manifestante invadiu a pista e o impediu de alcançar a linha de chegada. Mais detalhes no próximo item.

¹⁷² No controverso caso Perruche uma criança com deficiência figurou como autora de ação de reparação de danos por ter nascido em vez de ter sido abortada, conforme quis, originalmente, sua mãe. Trata-se de um caso limite, pois registra o momento em que a Corte de Cassação francesa se distancia de decisões anteriores sobre o direito à vida. Ao ser concedida a indenização no Acórdão Perruche, a mais alta Corte da França deixa implícito o reconhecimento e a reparação de certo direito de não nascer. Houve, em consequência disso, um grande descontentamento da sociedade civil organizada com o teor da decisão e, dois anos depois, foi promulgada uma lei de cunho mais humanista, que viria a ser conhecida como “lei anti-Perruche”. Logo em seu artigo primeiro, a lei ataca a ideologia do direito de não nascer ao dispor que não existe dano decorrente do simples fato nascimento, pois uma vida nunca pode ser injusta (GODOY, 2007, p. 04).

¹⁷³ Para ser mais específico, a doutrina chama esse fenômeno de “processo aleatório em curso” (PETEFFI DA SILVA, 2006).

chance refere-se à interrupção do processo em curso por meio de um fato antijurídico que elimina ou mitiga a oportunidade.

Conforme visto, na teoria tradicional da responsabilidade civil, aquele que causar prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano. Em regra, para obtenção desta indenização, são analisados os requisitos baseados no seguinte trinômio: a) conduta do agente; b) dano e; c) nexo de causalidade.

Pela teoria da perda de uma chance, os requisitos são verificados de modo semelhante, porém, com peculiaridade quanto à natureza do dano e o nexo causal. Reza a multicitada teoria que para haver responsabilidade do agente se faz necessária a conduta do agente (por ação ou omissão); um dano indenizável, caracterizado pela perda da oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo (e não pela vantagem perdida, por ser hipotética); e, obviamente, um nexo de causalidade entre eles.

Todavia, é importante salientar que alguns tribunais e doutrinadores têm identificado outras análises importantes para configuração do instituto, a saber: a presença de evidência da perda da chance de obter a vantagem ou de evitar o prejuízo; a existência da *expectativa séria e real* da obtenção de um resultado útil; e a observação do critério de probabilidade¹⁷⁴ no sentido de que, uma vez inexistente a conduta do agente, a vítima conseguiria conquistar a vantagem esperada (DUTRA, 2010).

O professor Fernando Noronha (2005, p. 29) contribui para o estudo lecionando que “os casos em que se pode falar da perda de uma chance (pela interrupção do processo favorável em curso, ou pela não interrupção de processo desfavorável) têm como ponto de referência inicial um momento do passado, em que existia a oportunidade agora frustrada”. Daí é que são realizadas, a partir dele, “projeções sobre o que viria a acontecer, se não fosse o fato antijurídico verificado”.

Daí é que se diz que a perda de uma chance se apresenta na junção de dois elementos opostos, como uma moeda em que em uma das faces se tem um *elemento de certeza* e na outra um *elemento de incerteza*, levando-se em consideração a existência fática de um *processo aleatório em curso*.

Explica-se. Quando se refere ao elemento de certeza, parte-se da ideia de que é certa a ocorrência de um fato antijurídico impeditivo do desenvolvimento do *processo*

¹⁷⁴ A probabilidade, aliás, será elemento crucial para a fixação do *quantum* indenizatório, discutido adiante.

aleatório em curso, de forma a obstar a fruição de uma oportunidade ou impedir a possibilidade de se afastar um prejuízo. Na outra face, por sua vez, o elemento de incerteza decorre da incapacidade humana em afirmar que, se não ocorresse o fato interruptivo (conduta do agente) do processo aleatório em curso, haveria com certeza a obtenção da vantagem ou o afastamento da perda. A incerteza consiste no fato de que nunca se poderia afirmar, com precisão, que a chance perdida conduziria ao objetivo pretendido pela vítima, até mesmo porque outros fatores podem exercer influência na produção do resultado final (AFONSO NETO, 2009).

Nesse sentido, a perda de uma chance é a teoria jurídica que equaciona elementos polarizados: a) certeza de que houve ruptura ao desenrolar dos eventos aleatórios em progressão e b) incerteza quanto à probabilidade de que o resultado final fosse concretizado mesmo que não houvesse essa ruptura. O nexo causal é, pois, um divisor de águas no processo aleatório que se encontrava em andamento.

Por outro lado, verifica-se o manuseio de uma noção diferenciada de causalidade. Ocorre que há situações em que a oportunidade não foi totalmente perdida, mas, mitigada. Explica José Afonso Neto (2009) que *a causalidade parcial* traz a ideia de que a perda de uma chance está vinculada ao resultado final danoso, por meio de uma cadeia causal que sofreu influência do agente que interrompeu o curso natural dos eventos. O encadeamento causal, a despeito de parcialmente prejudicado pelo sujeito interveniente, ainda pode ser visto, porque o processo não é interrompido no todo, mas apenas mitigado. Por isso se fala em causalidade parcial.

A doutrina ilustra duas situações com exemplo. Imaginam-se dois estudantes prestes a fazer o vestibular: ambos, às vésperas do exame, são atropelados no caminho de volta para casa. Na hipótese, o primeiro fica gravemente ferido e impossibilitado de se submeter à prova, ao passo que o segundo, ainda que com dificuldade em decorrência das lesões, presta o exame, mas é reprovado.

Daí, então, a partir distinção proposta por Rafael Peteffi da Silva (2009), além da indenização pelos prejuízos de ordem material (exames médicos, medicamentos etc) e de cunho moral, caberia reparação por perda de uma chance. Todavia, em duas situações diferentes: 1) na hipótese do estudante que não prestou vestibular, houve um tipo específico de dano indenizável, pela perda da oportunidade em si mesma e; 2) na hipótese do estudante que foi reprovado, pela teoria da causalidade parcial, ocorre uma diferente

aplicação do nexo causal, porque os acontecimentos se desenvolveram até o fim, mas mitigaram a chance do candidato.

Nesse mesmo contexto, cotejando situações de perda de chances diferenciadas para eventos semelhantes, vislumbra-se o caso dos apostadores lotéricos em que um perde a oportunidade de participar do sorteio e o outro de ganhar o prêmio. São duas situações distintas, na qual a perda da chance pode se desaguar em dois resultados diversos.

Para ilustrar, propõe-se a seguinte hipótese: dois apostadores (A e B) se dirigem à mesma Casa Lotérica e cada um realiza uma aposta no mesmo concurso de prognóstico numérico da Mega-Sena, sendo que o apostador “A” joga nas seis dezenas “01-02-03-04-05-06” e o apostador “B” nas dezenas “07-08-09-10-11-12”. Ambos os apostadores, contudo, não tiveram os seus bilhetes registrados no sistema da Loteria, devido um erro de procedimento do atendente lotérico.

Até esse ponto da hipótese sugerida, pode-se perceber que a chance de participar do sorteio foi perdida, pois, se o bilhete não foi registrado, não existe para fins de reconhecimento e pagamento do possível prêmio. Ou seja, nessa fase já se configurou a perda da chance, independentemente do resultado do sorteio.

Dando seguimento ao caso hipotético, suponha-se que, sobrevivendo o sorteio, os números premiados foram aqueles assinalados pelo apostador “B”, os quais “07-08-09-10-11-12”. Ocorre, porém, que, conforme sugerido, o bilhete não foi registrado e o referido apostador não teve direito ao pagamento do prêmio pela Caixa Econômica Federal.

A primeira hipótese, então, é do apostador (A) que perde somente a chance de participar do sorteio, porque os números apostados no concurso de prognóstico não foram aqueles sorteados; a segunda é do apostador (B) que deixou de participar efetivamente do sorteio e perdeu a oportunidade de ganhar o prêmio, porque acertou os números, mas por um erro na prestação do serviço lotérico, deixou de ter o bilhete/cupom reconhecido e, conseqüentemente, negado o pagamento da quantia em dinheiro. Veja-se, então, que existem duas situações diferentes: enquanto o apostador “A” perdeu somente a chance de participar do sorteio, o apostador “B” não apenas perdeu a chance de concorrer ao prêmio, mas efetivamente deixou de ganhá-lo por não ter participado do sorteio (essas distinções serão sensivelmente percebidas na fixação do *quantum debeatur*).

No exemplo hipotético, antes da realização do sorteio houve a perda da chance, independentemente do resultado do sorteio. Mas, após a realização do sorteio, em que um

dos apostadores teria logrado êxito, a chance muda de proporção, pois, se não fosse pela conduta lesiva do atendente lotérico que interrompeu o processo aleatório em curso, o apostador “B” teria alcançado, com certeza absoluta, o resultado útil esperado.

Aliás, que a chance perdida não pode ser leviana, superficial ou fictícia. A oportunidade extirpada deve ser séria e real (como é o caso do exemplo dos apostadores lotéricos), de sorte que simples esperanças não merecem tutela da responsabilidade civil. Nesse diapasão o professor Caio Mário (2009, p. 123) leciona que “se a ação fundar em mero dano hipotético, não cabe reparação. Mas esta será devida se se considerar, dentro na ideia de perda de uma chance (*per d'une chance*) e puder situar-se a certeza do dano”. Caso a chance seja real, o seu desaparecimento por ato doloso ou culposos de outrem, consiste num prejuízo ou dano real (RUELLA, 1999).

Rafael Peteffi da Silva (2006) leciona que a observação da seriedade e da realidade das chances perdidas é o critério mais utilizado pelos tribunais franceses para separar os danos potenciais e prováveis e, portanto, indenizáveis dos danos puramente eventuais e hipotéticos cuja reparação deve ser rechaçada. Portanto, a “chance séria e real” torna-se um elemento fundamental para obtenção do ressarcimento da chance perdida, não bastando simples esperança marcada pelo caráter da aleatoriedade (DUTRA, 2010).

Assim, François Chabas (1996) menciona que a chance não é um sonho (uma ilusão), é necessário que já existam alguns elos do encadeamento de causalidade, em que o fator da perda da oportunidade coloca-se, quando numa situação, por definição vantajosa para a futura vítima, comportava um elemento de sorte e essa álea desapareceu. Neste sentido, Martins Costa (2003, p.362) diz que “muito embora a realização da chance nunca seja certa, a perda da chance pode ser certa, portanto sem óbices a aplicação da teoria”.

Ainda no âmbito das correntes que embasam a doutrina da perda da chance, não se pode omitir as teorias da *equivalência das condições* e a teoria da *causalidade adequada*. Ambas serão pinceladas, *am passam*, pois aprofundar-se na referida doutrina não é o fim desta pesquisa, mas um meio.

O nexo causal é um dos requisitos fundamentais para o pleito indenizatório, tanto no Direito brasileiro como em outros ordenamentos do sistema romano-germânico. Como demonstra Caio Mário da Silva Pereira (1993, p. 95), “o nexo deve ser certo, pois a mera

coincidência entre a ação e omissão não é suficiente como pressuposto de culpa ou de risco para a imputação da responsabilidade”.

Originária da doutrina alemã do século XIX, a teoria da *equivalência das condições*¹⁷⁵ leciona que todos os eventos devem ser considerados para apurar a ocorrência do dano como causas equivalentes e que a condição necessária, ou *conditio sine qua non*, se apresenta como requisito indispensável, pelo que se abre um imenso leque de razões (causas), algumas absolutamente remotas, pois possui em seu bojo o mérito da simplicidade e favorecimento da vítima.

Como exemplo da teoria da equivalência das condições veja-se a hipótese proposta por Clóvis Veríssimo do Couto e Silva (1997, p. 194):

supõe-se um motorista de táxi que, devido à sua falha, faz com que um passageiro se atrase e perca o avião. O passageiro forçosamente embarca em outro avião, que acaba caindo, causando a morte de todos. Neste caso, não há dúvidas de que a falha do motorista de táxi representa *conditio sine qua non* para o aparecimento do dano, visto que o atraso não tivesse ocorrido o passageiro teria embarcado no avião que alcançou, incólume, o seu destino. A condenação do motorista de táxi pela morte de seu passageiro demonstra a flagrante iniquidade patrocinada por essa teoria.

Todavia, a aplicação *ipsi literis* dos pressupostos da multicitada teoria poderia provocar sérias injustiças no caso concreto, motivo pela qual a doutrina e jurisprudência brasileiras (e de outras nações) vêm abandonando-a no âmbito da responsabilidade civil (MARIN; PLAZA; TARREGA, 2012).

Pela teoria da *causalidade adequada*, por sua vez, que teve como precursores os alemães Von Kries e Rumelin no final do século XIX, representa considerável avanço em relação à teoria da equivalência das condições. Isso porque a grande inovação trazida por essa corrente refere-se às causas, que além de necessárias, devem estar revestidas de um critério de adequação. Isto é, buscam-se entre as diversas causas do dano, aquelas que

¹⁷⁵ A referida teoria da equivalência das condições não é vista, no âmbito da responsabilidade civil, com bons olhos por alguns doutrinadores, pois “pode conduzir a resultados absurdos dentro do direito” (GONÇALVES, 2010, p. 580). Alguns tribunais brasileiros também evitam aplicar tal teoria (vide SÃO PAULO, TJ, EI nº. 5083764501, 2009).

apresentam a “possibilidade objetiva do resultado” (MARIN; *et al*, 2012). É o chamado “prognóstico objetivo retrospectivo” (LE TOURNEAU, 1998, p. 269).

Por essa teoria, as probabilidades encontram sua fundamentação: somente são consideradas adequadas as condições necessárias que, em regra, podem causar determinado resultado danoso, observados em face da situação concreta e não de maneira hipotética.

Veja-se, então, que a *perda da chance* constitui uma espécie autônoma de dano dentro da responsabilidade civil, cuja natureza não pode ser atribuída ao prejuízo emergente nem nos lucros cessantes, ante a probabilidade e da não certeza de obtenção do resultado aguardado. E ainda que se entenda por uma terceira espécie intermediária de dano, entre o dano emergente e o lucro cessante (MELO, 2007), não se pode com aquelas se confundir ou, tampouco, fazer similitudes. A verdade é que a perda de uma chance levanta vários dilemas a serem enfrentados no âmbito teórico, bem como na esfera prática, mas não pode ser ignorada.

No âmbito da Loteria Federal do Brasil, vislumbrando-se o caso hipotético da perda da oportunidade dos apostadores lotéricos, não se pode falar em lucros cessantes, pois, ainda que os números apostados sejam sorteados, não havia um ganho habitual e certo, mas eminentemente aleatório. Também, não há se falar em dano emergente, em que não houve uma perda substancial em seu patrimônio, senão o valor pago pelo bilhete¹⁷⁶, absurdamente ínfimo em relação ao prêmio concorrido, mas a composição do dano deve ser apurada mediante a teoria da *perda da chance*.

Seja a perda da oportunidade de participar validamente do sorteio, seja de perceber o prêmio devido, em qualquer hipótese o apostador estará acobertado pelo manto sagrado do Direito, em parâmetros (*quantum debeatur*) analisados no título a seguir.

¹⁷⁶ Atualmente, a aposta de seis dezenas da Mega-Sena está custando pouco menos de R\$ 2,00 (dois reais).

4.2.3 Perda da Chance e o *Quantum Debeatur*: Critérios da Reparabilidade ao Apostador Lesado

De acordo com a teoria da Perda de uma Chance, o dano decorre por ter causado um prejuízo direto e imediato à vítima, a sua caracterização advém do fato de ter privado alguém da obtenção da oportunidade de um resultado útil. Pressupõe-se que o fato em si não ocorreu por ter sido interrompido pela ação ou omissão do agente.

Então, o que se pretende reparar aqui não é a perda da vantagem esperada, mas sim a perda da chance (e tão somente a chance) de obter a vantagem. Pouco importa se o resultado seria favorável ou não. Todavia, cabe salientar, ainda, que a suposta chance de alcançar o resultado útil deve ser real, uma vez que o dano meramente hipotético não é passível de indenização (VENOSA, 2008).

Segundo alguns doutrinadores, na França (berço da teoria da perda de uma chance), a reparação, e por via reflexa a fixação do quantum indenizatório, da *perte d'une chance* está fundamentada no binômio “probabilidade e certeza”. De acordo com a citada corrente, refere-se à *probabilidade* de que haveria o ganho e a *certeza* de que da vantagem perdida resultou um prejuízo (PEREIRA, 1998).

A estatística e o cálculo das probabilidades adquiriram importância em diversas áreas do conhecimento e com as ciências jurídicas não é diferente. Graças aos referidos estudos matemáticos, é possível predeterminar, com razoável margem de erro, o valor de um dano que, inicialmente, parecia entregue apenas à sorte, ao ponto de poder considerá-lo um valor normal, quase estável, dotado de uma certa autonomia em relação ao resultado definitivo (DUTRA, 2010). Nesse contexto, o professor Fernando Noronha (2005, p. 29) preleciona que:

(...) a aferição do valor do dano depende de elementos que se projetam para um momento futuro, com relação a esse ponto de referência inicial: a determinação da verossimilhança milhança da vantagem esperada depende do **grau de probabilidade que havia em obtê-la no futuro**, tal como, inversamente, a avaliação do prejuízo que efetivamente aconteceu depende do cômputo do grau de probabilidade que havia em ele poder ser evitado (grifo nosso).

Nesses moldes, diz-se, então, que o *quantum* a ser reparado não é correspondente ao valor que se deixou de ganhar. Não é o proveito econômico almejado e perdido pelo sujeito, mas baseado na quantificação estatística da oportunidade perdida. O que se deve levar em conta para o cálculo é o grau de probabilidade (percentual) de chance de se alcançar o objetivo pretendido, buscando-se o valor pecuniário da oportunidade que foi extirpada.

Desta sorte, é concebível que o cálculo far-se-á através da avaliação proporcional entre o valor do objeto almejado e o grau de oportunidade que foi afastado. É dizer, quanto maior a probabilidade de se alcançar do resultado, ou afastamento do prejuízo, maior será o valor da indenização, fixando-se, entretantes, um limite com vistas a um exame de proporcionalidade da importância da chance impedida (AFONSO NETO, 2009).

Preleciona Yves Chartier (1983) que, ao analisar o caso em concreto, o juiz deve realizar duas avaliações: 1) determinar qual teria sido o proveito útil da vítima, se a chance tivesse sido realizada em totalidade; 2) proceder à apreciação da própria chance em si, verificando-se o grau de probabilidade de acontecimento do evento almejado.

Ou seja, o valor da reparação deverá ser fixado tomando-se por base a importância pecuniária do benefício que a vítima conseguiria na hipótese de atingir o resultado esperado, não se olvidando que o que se analisa para fins de fixação do *quantum* indenizatório é a potencialidade de uma perda de obter um resultado e não o que a vítima efetivamente perdeu (dano emergente) ou aquilo que deixou de ganhar (lucro cessante) (SEGARD, 2001). Para Silvio de Salvo Venosa (2008, p. 292), “a indenização deverá ser da chance e não do ganho perdido”. Com efeito, não se identifica com que se deixou de receber; “a medida desse dano deve ser apreciada judicialmente segundo o maior ou menor grau de probabilidade de converter-se em certeza e sem que deva assimilar o eventual benefício perdido”, completa o citado professor.

Diante dessa difícil tarefa, a aplicação da indenização deve-se utilizar de um critério de probabilidade ao estabelecer o valor devido à vítima, fazendo uma avaliação do grau da álea da chance de alcançar o resultado no momento em que ocorreu o fato, pois esta chance possui um valor pecuniário, e isso não pode ser negado, mesmo sendo de difícil quantificação. Portanto é o valor econômico desta chance que deverá ser indenizado (VENOSA, 2008).

É dizer que, ao indenizar a perda da chance, não se repara o dano em sua totalidade, mas indeniza proporcionalmente à importância da chance perdida (DUTRA, 2010). Se o valor da indenização não é valor do resultado útil alcançável, mas o correspondente à chance que foi retirada da vítima, pode-se dizer que o valor da indenização não poderá ser além daquele impresso na chance integral, se aproveitada fosse. Graciele Neto Cardoso Lins Dutra (2010, p. 17) entende que o valor da indenização “não poderá *ser igual* ou superior ao que receberia caso tivesse aferido aquele resultado” (grifo nosso). Todavia, o exemplo hipotético dos apostadores lotéricos mostra que é possível sim, com base na teoria da perda da chance, ser a vítima indenizada em valor igual ao do resultado final da chance perdida. Em valor superior não é possível, mas em igual sim.

Na hipótese proposta no item anterior, em que dois apostadores lotéricos (A e B) se dirigem à mesma Casa Lotérica e cada um realiza uma aposta diferente no mesmo concurso de prognóstico numérico da Mega-Sena (melhores detalhes no tópico anterior). Salientou-se que ambos não tiveram os seus bilhetes registrados no sistema da Loteria, devido um erro de procedimento do atendente da permissionária. Em seguimento ao caso hipotético, supôs-se que, sobrevindo o sorteio, os números premiados foram aqueles assinalados pelo apostador “B”, os quais “07-08-09-10-11-12”. Ocorre, porém, que, conforme sugerido, o bilhete não foi registrado e o apostador “B” não teve direito ao pagamento do prêmio pela Caixa Econômica Federal.

Do exemplo proposto, surgem, então, duas hipóteses com resultados diferentes. A primeira hipótese é do apostador “A” que perde somente a chance de participar do sorteio, porque os números apostados no concurso de prognóstico não foram aqueles sorteados; a segunda é do apostador “B” que deixou de participar do sorteio e efetivamente perdeu a oportunidade de ganhar o prêmio, porque acertou os números, mas por um erro na prestação do serviço lotérico, deixou de ter o bilhete/cupom reconhecido e, conseqüentemente, lhe foi negado o pagamento do prêmio.

A partir daqui é possível perceber que a proporção de chance entre os apostadores “A” e “B”, muito embora originados do mesmo evento, são diferentes. Enquanto o apostador “A” perdeu somente a chance de participar do sorteio, o apostador “B” não apenas perdeu a chance de concorrer ao prêmio, mas efetivamente deixou de ganhá-lo por não ter participado do sorteio. De fato, antes da realização do sorteio houve a perda da

chance, comum a ambos, independentemente do resultado do sorteio. Mas, após a realização do sorteio, em que um dos apostadores teria logrado êxito, a chance perdida já passa a ser outra. Nesse caso, se a proporção da oportunidade é diferente, o percentual da chance também o é.

Ora, tendo em vista que, na teoria da perda de uma chance, a definição do *quantum debeatur* é feita por meio estatístico, a fixação da indenização em favor do apostador “A” que apenas deixou de participar do sorteio, sem chance real de acertar os números, porque de fato não acertou, será calculada de acordo com a probabilidade da modalidade de aposta. Na Mega-Sena, por exemplo, a probabilidade de se ter um vencedor é de 1 (um) em 5.006.386 (cinco milhões seis mil trezentos e oitenta e seis) (CEF, 2012). Eis a chance perdida pelo apostador “A”, e o seu direito à indenização será calculado de acordo com os critérios matemáticos já delineados alhures.

No entanto, no que tange à segunda hipótese, o apostador “B”, que acerta os números do concurso de prognóstico e tem o direito negado por causa de um erro na prestação do serviço lotérico, tem o percentual de chance igual a 100% (cem por cento). Isso por que a sua oportunidade real foi de auferir o valor total do prêmio que ele deixou de ganhar em razão de uma conduta irregular de outrem que interrompeu o processo natural ou aleatório em curso.

Daí então, muito embora Silvio de Salvo Venosa (2008, p. 292) preceitue que, na teoria da perda de uma chance, “não se identifica com que se deixou de receber”, mas vislumbra-se tão somente a “chance” em si, para a fixação da indenização, no caso da última hipótese exposta, vê-se que a oportunidade perdida do apostador foi, necessariamente, o valor que se deixou de receber, posto que sua chance, em razão dos números acertados, foi integral. O apostador “B” seria, portanto, aquele indivíduo premiado entre 5.006.386 (cinco milhões seis mil trezentos e oitenta e seis) de apostadores.

Em sendo assim, a composição do dano suportado pelo apostador não peregrina pela modalidade do dano emergente, pois não houve uma perda substancial em seu patrimônio; tampouco pelo campo do lucro cessante, visto que não se vislumbra a perda de um lucro habitual; mas estará configurada nos moldes da teoria da perda de uma chance ou oportunidade, seja de participar validamente do sorteio, seja de perceber o prêmio devido, observando-se, em cada caso, o grau de chance perdida.

4.3 REPARAÇÃO POR DANOS À COLETIVIDADE DE APOSTADORES DE BILHETE ÚNICO

Conforme visto alhures, tal como ocorreu com o rol de fornecedores no CDC, o legislador ampliou o conceito de consumidor, protegendo, também a coletividade de pessoas em determinada relação de consumo. São os chamados consumidores por equiparação. Regulada pelo parágrafo único do art. 2º, a equiparação do consumidor visa proteger toda a coletividade de pessoas sujeita às praticas decorrentes de qualquer relação consumo (RIZZATTO NUNES, 2009).

O referido dispositivo legal dispõe que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” e que “equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo” (parágrafo único) (BRASIL, 1990). Nesse contexto, José Geraldo Brito Filomeno (2001, p. 159) leciona, desde a origem do CDC, que:

o que se tem em mira no parágrafo único do art. 2º é a universalidade, conjunto de *consumidores* de produtos e serviços, ou mesmo grupo, classe ou categoria deles, e desde que relacionados a um determinado produto ou serviço, perspectiva essa extremamente relevante e realista porquanto é natural que se previna, por exemplo, o consumo de produtos ou serviços perigosos ou então nocivos, beneficiando-se assim abstratamente as referidas universalidades e categorias de potenciais *consumidores*.

Com efeito, o Código Protetivo viabilizou uma imensa teia de proteção dos interesses difusos e coletivos da massa consumidora, com mecanismo de prevenção para obtenção de uma justa reparação em existência de dano (LISBOA, 1997). Todavia, cumpre uma observação pertinente: ao tratar do parágrafo único do art. 2º do CDC, a maior parte da doutrina, quiçá a unanimidade dela, o faz com vistas à reparação por danos oriundos do fato (defeito) do produto ou serviço.

Ainda no amplo rol dos consumidores, tem-se aduzir ainda que "toda e qualquer vítima de acidente de consumo equipara-se ao consumidor para efeito da proteção conferida pelo CDC. Passam a ser abrangidos os chamados *bystander*" (SANSEVERINO, 2002). Estes nada mais são que terceiros da relação jurídica de consumo e, embora não

estejam diretamente envolvidos na relação, são lesados pelo aparecimento de um defeito no produto ou no serviço. Contudo, essa “espécie” de consumidor não será tratada na presente proposta, por ser impertinente com a matéria em baila.

Pouco se fala em relação ao vício do produto ou serviço. Apesar da omissão doutrinária, a proposta que ora se apresenta se resguardará a tratar da coletividade de consumidores no que tange ao *vício* do produto e serviço, por ser a modalidade de dano prevista no CDC que mais se aproxima da proposta em tela.

Superada essas considerações introdutórias, vale transcrever a disciplina do art. 81 do CDC, o qual dispõe sobre a defesa dos interesses e direitos dos consumidores em juízo. O referido comando legal prevê que “a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo”. No parágrafo único, o dispositivo legal informa que a defesa coletiva do consumidor seria exercida em três hipóteses, as quais: I) “interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”; II) “interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”; III) “interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum” (BRASIL, 1990).

Na lição de Humberto Theodoro Junior (2004), classifica-se esses interesses da seguinte forma:

- I – interesses ou direito difusos, que vem a ser os transindividuais, de natureza indivisível, cuja titularidade toca a pessoas indeterminadas e ligadas apenas por circunstâncias de fato;
- II – interesses ou direitos coletivos, que são os transindividuais de natureza indivisível, cuja titularidade cabe a um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica de base;
- III – interesses ou direito individuais homogêneos, que são perfeitamente divisíveis entre os respectivos titulares, mas que se aproximam pela origem comum.

Nesse sentido, se os interesses ou direito individuais homogêneos são aqueles perfeitamente divisíveis entre os respectivos titulares e que se aproximam pela origem comum, pode-se dizer que os apostadores de um “bolão”¹⁷⁷ se enquadram no inciso III do parágrafo único do art. 81 do Código protetivo.

Isso porque, apesar de ser o prêmio insuscetível de rateio em sua origem, pois o mesmo é pago ao portador de um bilhete (a lei não fala em “portadores” – segue-se a regra dos títulos de crédito) o montante é jurídica e matematicamente divisível entre os concorrentes e a origem é comum: prêmio da mesma aposta (mesmo concurso). Por isso, a defesa desses consumidores/apostadores de *bolão* (bilhete único) pode ser exercida individualmente ou a título coletivo, nos moldes do art. 81, parágrafo único, inciso III do Código de Defesa do Consumidor.

4.4 OUTRAS FORMAS DE RESPONSABILIZAÇÃO ENVOLVENDO AS LOTERIAS FEDERAIS

4.4.1 Dever de Indenizar do Estado por Falha no Fornecimento Exclusivo de Loteria

O artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, já visto atrás, enquadra as pessoas jurídicas de Direito Público como fornecedoras de produtos e serviços. Ou seja, não há exclusão alguma das pessoas (físicas ou jurídicas) que podem ocupar o *status* de fornecedora, já que o CDC é bastante genérico e panorâmico, o que lhe possibilita incidir em toda e qualquer relação que puder ser considerada de *consumo*.

A União, mesmo na condição de pessoa jurídica de direito público, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, estará sujeita à responsabilização por danos causados aos consumidores lotéricos, haja vista ser o Estado o único e exclusivo detentor de tal bem de consumo, atuando no mercado como verdadeiro fornecedor.

¹⁷⁷ O “bolão” é o nome dado ao conjunto de várias apostas feitas em um único bilhete lotérico. Várias pessoas apostam nos mesmos números, concorrendo entre si a divisão do mesmo prêmio. Vê-se mais no item 1.3.3.

Ressalte-se ainda que muito embora o Decreto-Lei n.º. 204 institua a Loteria como serviço público da União, não se trata de uma atividade de império do Estado (como a prestação jurisdicional, a segurança pública, fornecimento de hospitais públicos etc.), mas de um serviço de utilidade pública e de ordem econômica. A partir do momento em que o Estado ingressa no mercado de consumo, deve-se submeter às regras legalmente estabelecidas, seja pelos ditames do Código de Defesa do Consumidor, seja pelo Código Civil ou pela própria Constituição Federal. Se a União age como “privado”, como tal deve ser responsabilizado ante o cometimento de determinados danos.

4.4.2 Responsabilidade Civil das Casas Lotéricas e o Artigo 37, Parágrafo 6º da Constituição Federal

Depois de estudada a incidência do Código de Defesa do Consumidor em demandas que figuram as permissionárias de serviço público delegadas pela CEF, não se esgota o estudo de outras modalidades de responsabilidade civil em face das Casas Lotéricas.

Consoante já foi visto alhures, nos termos do artigo o Decreto Lei 204/67, a Loteria Federal, de circulação em todo o território nacional, constitui um serviço da União com a colaboração das Caixas Econômicas Federais. Nos termos do mesmo decreto, a Caixa Econômica Federal poderá delegar a particulares a prestação dos serviços lotéricos em todo o território nacional, sendo-lhe defeso, todavia, a transferência dos sorteios, que devem ser realizados por ela diretamente.

É aí, então, que surge a figura das Casas Lotéricas, para explorar o serviço de loteria na condição de permissionárias delegada pela CEF. Lembrando que esta mantém com aquelas (pessoa jurídica de Direito Privado) vínculo jurídico através de contrato de adesão firmado entre ambos. Muito embora prestado pela iniciativa privada, o serviço não perde sua natureza pública. Nos termos do Decreto-Lei 204/67 a Loteria constitui um serviço da União. Assim, a titularidade dessa exploração permanece com o Poder Permitente, tendo lugar apenas a transferência dos serviços. Em outras palavras, o titular da atividade lotérica é o Estado que detém uma série de prerrogativas sobre o serviço delegado, permitindo, por exemplo, alterar as condições de sua prestação e exercer

fiscalização sobre o particular (MEIRELLES, 2004). Quanto a esta fiscalização, serão feitas considerações adiante.

As Casas Lotéricas, por outro lado, são pessoas jurídicas de direito privado que concorrem ao processo licitatório para exercer atividade delegada pela Caixa Econômica Federal, mediante contrato de adesão. Cumpre destacar que essas pessoas jurídicas da iniciativa privada (permissionárias de serviço público) não representam a CEF e nem atuam em nome desta empresa pública.

Ora, é exaustivo dizer que as permissionárias de serviço público atuam por sua conta e risco, devendo suportar todos os ônus que corroborou em assumir quando da formalização do instrumento pactual entre elas e a empresa pública. Em outras palavras, importa dizer que elas devem suportar todos os riscos do empreendimento e, por esse motivo, conforme leciona José dos Santos Carvalho Filho (2009) cabe-lhe responsabilidade civil e administrativa pelos prejuízos que causar aos usuários. Nesse sentido, tem-se a responsabilidade civil das permissionárias de serviço público, inserida no texto da Carta Magna em seu artigo 37, parágrafo 6º, o qual dispõe que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (BRASIL, 1988).

No caso em tela, no que diz respeito à prestação de serviço pelas pessoas de direito privado, o dispositivo supratranscrito revela a responsabilidade civil objetiva, ou sem culpa por parte do agente que comete o ato ou a omissão, provocando lesão à vítima. Nesse sentido preceitua José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 400):

havendo dano em decorrência do serviço, portanto, o permissionário tem a obrigação de repará-lo independente da perquirição do elemento culpa por parte do seu agente (...) o permissionário sujeita-se à responsabilidade civil objetiva, prevista no art. 37, § 6º da Constituição.

Assim, as pessoas jurídicas que exerçam serviço público sob a forma de concessionárias ou permissionárias que causarem danos a terceiros não estarão liberadas da obrigação de reparar o dano. Estas responderão objetivamente, caso contrário criaria

grandes ônus probatórios à vítima (MEIRELLES, 2004). De igual modo, a Lei nº. 8.987/95, a cognominada Lei das Permissões e Concessões Públicas, prevê a responsabilidade civil objetiva do permissionário e concessionário de serviço público, *in verbis*:

Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade (BRASIL, 1995).

Seguindo o raciocínio, muito embora o dispositivo supratranscrito mencione apenas “concessionária”, para que não residam dúvidas quanto à sua aplicação às permissionárias, conforme já foi informado em momento oportuno, aplicam-se a estas as mesmas regras que às concessionárias¹⁷⁸.

A fim de reforçar o disposto no artigo 25 da multicitada Lei, consoante leciona Hely Lopes Meirelles (2004, p. 384), cumpre salientar que “os atos dos permissionários são de sua exclusiva responsabilidade, sem afetar a Administração permitente”. Finaliza, ainda, o mencionado doutrinador que

Embora praticado por delegação do Poder Público e sob sua fiscalização, por eles respondem os próprios permissionários, mas, subsequentemente, poderá ser responsabilizada a Administração permitente, por culpa na escolha ou na fiscalização do executor do serviço (MEIRELLES, 2004, p. 384).

Em sendo assim, em uma estreita síntese, pode-se dizer que o ordenamento jurídico pátrio adota a responsabilidade civil objetiva do permissionário e subjetiva do permitente (GONÇALVES, 2009).

¹⁷⁸ Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente (BRASIL, 1995).

Considerando, então, que as Casas Lotéricas são pessoas jurídicas de direito privado que concorrem ao processo licitatório para exercer atividade delegada pela Caixa Econômica Federal, mediante contrato de adesão, na modalidade de permissionárias de serviço público, cumpre deixar evidenciado que estas, tampouco os seus prepostos não representam a CEF e nem atuam em nome desta empresa pública.

Para que essas pessoas jurídicas prestem serviços lotéricos, são exigidas uma série de requisitos de conduta e de aparato humano e tecnológico para que seja liberado o empreendimento¹⁷⁹. Assim, qualquer conduta irregular ou eventuais falhas na prestação dos serviços concernentes à Loteria, erros tais que impeçam o reconhecimento do bilhete premiado, ou recibo de aposta, e provocar negativa de pagamento por parte da CEF, nos termos do artigo 37, § 6º da Constituição Federal, a responsabilidade deverá ser suportada pela Casa Lotérica, independentemente de culpa.

Ora, se o volante de aposta contiver os números sorteados ou premiados, mas que, por erro de digitação ou falha na leitura óptica da máquina, impossibilitar o reconhecimento do bilhete pela CEF, a Casa Lotérica terá que arcar com a obrigação de pagar o prejuízo sofrido pelo apostador, haja vista que houve violação da sua confiança depositada em legítimas expectativas nessa permissionária em razão de se tratar de atividade, pelo menos em tese, fiscalizada e regulada pelo poder permitente¹⁸⁰. E será sobre esse poder de fiscalização do Poder Permitente que o próximo tópico irá se dedicar.

4.4.3 Dever de Fiscalização da Caixa Econômica Federal e a Responsabilidade Civil por Culpa *in Vigilando* e *in Eligendo*

Não obstante a imputação da responsabilidade à permissionária, o Poder Permitente poderá ser responsabilizado, em razão da ausência de fiscalização. Trata-se da culpa *in vigilando* e *in eligendo* da CEF, que doravante entra em discussão.

Por culpa *in vigilando* entende-se aquela que “se traduz na ausência de fiscalização do patrão ou comitente com relação a empregados ou terceiros sob seu

¹⁷⁹ Os requisitos já foram oportunamente elencados no item 2.3.

¹⁸⁰ Sobre tal fiscalização, serão tecidas algumas considerações no item seguinte.

comando” (VENOSA, 2008, p. 30). O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 302) leciona que a culpa *in vigilando* “é a que resulta da ausência de fiscalização sobre pessoa que se encontra sob a responsabilidade ou guarda do agente” e complementa o preceito:

O art. 933 do Novo Código Civil dispõe que, ainda que não haja culpa de sua parte, reponderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos. Não mais se indagará, portanto, para condenar as referidas pessoas a indenizar, se agiram com culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, pois respondem objetivamente, isto é, independentemente de culpa, pelos atos dos terceiros mencionados (p. 302).

Muito embora o tema mencione a expressão “culpa”, entende-se que, havendo falta de fiscalização, a responsabilidade é direta. Isso porque o ato lesivo foi provocado pelo agente que deveria estar sob a vigilância ou fiscalização do ente responsável. Quer dizer que não havendo comprovação de efetiva fiscalização por parte do poder permitente, a responsabilidade cairá sobre este.

Indubitavelmente, há a obrigação de “vigilância” (fiscalização) por parte da Caixa Econômica Federal para com as Casas Lotéricas. É exatamente a lição que José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 401) fornece ao dizer que:

A fiscalização é poder jurídico intrínseco a quem delega o serviço. Tem, pois, o permitente o poder (e, por isso, o dever) de verificar se a comunidade destinatária dos serviços os tem recebido a contento. Se não os tem, é porque o permissionário se desviou do objetivo de interesse público a que se comprometeu quando se propôs a prestar o serviço. E nesse caso a Administração deverá tomar as medidas necessárias para recompor a situação que propicie o benefício coletivo.

Tem-se, assim, o dever de fiscalização por parte da CEF em relação aos atos das Casas Lotéricas. Se não o faz, incorrerá em responsabilidade civil objetiva e estará obrigada a reparar os danos causados aos apostadores lesados. A vigilância realizada pela CEF pode ocorrer de diversas maneiras, a começar pelos requisitos físico, jurídico e

logístico exigidos no edital de licitação e no instrumento pactual de adesão, prontamente consentido pela pessoa jurídica de direito privado – Casa Lotérica (CEF, 2012).

A Caixa Econômica Federal também deve manter razoável relacionamento direto com os apostadores, não deixando apenas a encargo das permissionárias. Deve emitir avisos, dicas de segurança e orientações aos apostadores lotéricos, a fim de exercer efetivo controle quanto aos atos da Casa Lotérica¹⁸¹. Nesse particular, Carvalho Filho (2009, p. 373) leciona que:

A fiscalização a cargo do concedente não exclui nem atenua essa responsabilidade. A regra deve ser interpretada com a máxima precisão, em ordem a se considerar que, independentemente de boa ou má fiscalização, a responsabilidade do concessionário em relação a prejuízos causados ao concedente é integral, vale dizer, não pode ele pretender reduzir sua responsabilidade, ou mitigá-la, sob o pretexto de que houve falha na fiscalização. Mas não se pode extrair da regra legal a mesma interpretação quando os prejuízos forem causados a usuários.

O entendimento supratranscrito, em primeiro momento, informa a responsabilidade do permissionário quanto ao permitente, em razão de danos causados a este, independentemente de haver fiscalização ou não. Em segundo momento, traz a noção dessa mesma responsabilidade quando os danos forem causados aos destinatários desse serviço, *in casu*, os apostadores. Todavia, sempre será integral a responsabilidade do permissionário.

Isto quer dizer que, mesmo se não houver fiscalização da CEF, qualquer dano causado ao apostador deverá ser suportado pela Casa Lotérica. Todavia ficará garantido a esta o direito de regresso contra aquela. Por outro lado, se houver a efetiva fiscalização não haverá contra a CEF o direito de regresso (FILHO, 2009).

Pela culpa *in eligendo*, nada muda na prática, visto que só se distingue da espécie anterior no que tange a sua conceituação. Entende-se por essa modalidade de culpa aquela em que o poder permitente responde civilmente pelo fator de ter “elegido” ou “escolhido”

¹⁸¹ Na página eletrônica da empresa pública (CEF, 2012) contém uma série de circulares mantendo fiscalização e controle para com as permissionárias e cartilhas orientando os apostadores. Também há espalhadas, pelas casas lotéricas de todo o país, cartazes chamando atenção para a legitimidade do bilhete premiado, a fim de proteger e garantir o prêmio do apostador.

o ente delegado para executar determinado serviço. A responsabilidade civil pela culpa *in vigilando*, na prática, funciona da mesma forma que na culpa *in eligendo*. Distingue-se, teoricamente, pois o primeiro resulta da falta de fiscalização e o segundo da escolha em si.

Ressalte-se, todavia, que a responsabilidade da permissionária é principal e do Poder Permitente (CEF) subsidiária. Na precisa lição de Carvalho Filho (2009, p. 374), conclui-se que, “não obstante, se, apesar disso, o concessionário não tiver meios efetivos para reparar os prejuízos causados, pode o lesado dirigir-se ao concedente, que sempre terá responsabilidade subsidiária”. Em sendo assim, havendo fiscalização ou não da Caixa Econômica Federal nas atividades das Casas Lotéricas, sempre haverá responsabilidade subsidiária daquela.

Significa que, em havendo demanda judicial propondo reparação por danos ao consumidor/usuário, a permissionária será a primeira a ser atingida e, ante a insuficiência patrimonial para saldar o débito oriundo da responsabilidade civil, a permitente é tocada. Em outras palavras, deve-se, assim, promover o esgotamento do patrimônio da Casa Lotérica e, não o sendo suficiente, direciona-se a pretensão contra a Caixa Econômica Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As loterias, em sentido amplo, compreendida aqui todo e qualquer jogo de azar e não apenas as loterias do Estado, ainda se encontram em situação nebulosa no cenário jurídico brasileiro. Se por um lado a Lei de Contravenções Penais enquadra a prática de loterias como infração penal, por outro, o Código Civil Brasileiro a inclui no rol dos contratos em espécie.

Seja por falta de vontade política ou pelo silêncio da lei, a prática de jogos de azar (apostas) ainda divide opiniões. Para muitos, um antro de vícios, depravações, incertezas e mal-estar social. Para outros uma grande oportunidade para gerar renda, emprego e tributos. A exploração de loterias federais constitui um serviço de utilidade pública exclusiva da União, realizado com a colaboração da sua estatal (a Caixa Econômica Federal), cujos recursos têm destinação para diversos seguimentos sociais e setores de interesse público, o que faz da exploração de loterias uma atividade de incomensurável importância para subsidiar os programas sociais do governo.

A colaboradora da atividade lotérica (a CEF) defende a ideia de que as loterias contribuem para o desenvolvimento da nação, mas não é exatamente isso que ficou demonstrado, quando se tratou da destinação dos recursos captados pelas apostas. Ora, o Estado encontrou nas loterias uma incomensurável fonte de arrecadação para o erário. Parte da receita angariada pela atividade lotérica tem percentuais pré-destinados a programas sociais e fundos de cunho cultural, esportivo, etc. Nesse ponto, a atividade econômica do Estado por meio da sua Loteria se reveste de notória política de finalidade pública. Isso porque, existe um plano de ação voltado ao interesse coletivo, com o objetivo de satisfazer aos reclames ou necessidades de determinados setores.

Se a Loteria do Estado é para suprir programas governamentais e contribuir com o desenvolvimento, o Estado tem de deixar de lucrar para abastecer, com maior eficiência e transparência, os programas de cunho social e dividir equitativamente tamanha riqueza que, afinal de contas, sai do bolso da classe que mais carece: o apostador que tanto alimenta o *sonho de riqueza*. Aliás, é o sonho de riqueza que atrai milhões de apostadores às Casas Lotéricas que arrecadam bilhões de reais por ano com a venda de chance de enriquecimento. E essa *chance* (o bem da vida), é o liame da relação jurídica de consumo

que liga o apostador/consumidor aos seus fornecedores (União, Caixa Econômica Federal e Casas Lotéricas). A oportunidade de se tornar rico é o produto imaterial fornecido pela Loteria sstatal. É, portanto, o objeto mediato, que passa a integrar o patrimônio do apostador no momento em que registra os números da aposta no respectivo bilhete.

A relação de consumo, aliás, ficou robustamente demonstrada no capítulo terceiro, no qual se confrontou isolada e conjuntamente os elementos para tal configuração. O apostador é, pois, consumidor e os fornecedores são União, Caixa Econômica Federal e Casas Lotéricas.

A CEF, em que pese ser Pessoa Jurídica de Direito Privado, reveste-se na forma de empresa pública da União e, como tal, constitui-se poderosa ferramenta do Estado para execução de políticas públicas e ações desenvolvimentistas, a exemplo do SFH, FGTS e o próprio FIES, como já delineado alhures. Contudo, na condição de colaboradora a instituição pública auferir participação relevante do montante arrecadado com a Loteria, correspondente a 10%, fatia esta bem maior que os percentuais destinados ao FIES, ao Fundo Nacional de Cultura, Comitê Olímpico Brasileiro, Comitê Paraolímpico Brasileiro e Fundo Penitenciário Nacional, beneficiários de grande importância para o desenvolvimento. A sua participação na arrecadação deixa evidente o seu interesse em atuar no polo ativo da relação de consumo e, por ser instituição bancária, deixa o consumidor/apostador em considerável situação de vulnerabilidade e hipossuficiência.

Além disso, a atividade executada por meio da Loteria se perfaz serviço público não essencial, delegável e remunerado mediante preço público. Sua contraprestação só se faz exigível quando da contratação do serviço e aquisição do produto lotérico e, por isso, a compulsoriedade da “remuneração” não se faz presente nessa atividade, por ter o caráter contratual. Essas características inserem a União no rol dos fornecedores, pois em não sendo serviço público essencial (poder de império), está sujeito aos regramentos do Código de Defesa do Consumidor.

Como *contrato de aposta* que é, a natureza jurídica obrigacional das loterias federais tem caráter de dívida exigível, posto que sua atividade é autorizada ou regulamentada pelo próprio Poder que a explora, a União. Ou seja, o vencedor da aposta tem direito de exigir o prêmio, dentro do prazo prescricional (90 dias) de na esfera administrativa ou judicial, estando o devedor obrigado a pagar.

Por outra perspectiva, os sonhos de riqueza tão almejados pelos apostadores podem ser frustrados por condutas irregulares ou falha de prestação do serviço lotérico que podem ensejar a negativa do pagamento do prêmio pela CEF. Daí, sendo o débito exigível, terá o apostador todo o direito de buscar na justiça a reparação pelo dano sofrido. Nesse passo, surge o dilema de quem ficará obrigado a indenizar eventuais danos suportados pelo apostador. Se deverá ser o Poder Público diretamente (a União) ou através de sua estatal ou se seriam as permissionárias, que são pessoas jurídicas de direito privado.

Ora, se estão todas no rol dos fornecedores, todas estarão solidariamente responsáveis pelo dano causado ao apostador: União, Caixa Econômica Federal e Casas Lotéricas. A relação jurídica de consumo é perfeitamente caracterizada no âmbito da Loteria e sua atividade está sujeita ao bojo protetivo do CDC. Restava, então, analisar qual a natureza jurídica do dano experimentado pelo apostador, no caso de não ter o bilhete registrado na Casa Lotérica, por exemplo.

Para enfrentar tamanho desafio jurídico, propôs-se duas hipóteses (que não raramente ocorre) para ilustrar a ideia. Supôs-se que dois apostadores lotéricos (A e B) se dirigem à mesma Casa Lotérica e cada um realiza uma aposta no mesmo concurso de prognóstico numérico da Mega-Sena, sendo que o apostador “A” joga nas seis dezenas “01-02-03-04-05-06” e o apostador “B” nas dezenas “07-08-09-10-11-12”. Salientou-se, na hipótese, que ambos os apostadores não tiveram os seus bilhetes registrados no sistema da Loteria, devido um erro de procedimento da permissionária.

Em seguimento ao caso hipotético, supôs-se que, sobrevivendo o sorteio, os números premiados foram aqueles assinalados pelo apostador “B”, os quais “07-08-09-10-11-12”. Ocorre, porém, que o bilhete não foi registrado e o apostador “B” não teve direito ao pagamento do prêmio pela Caixa Econômica Federal, embora tivesse acertado o prognóstico numérico.

No âmbito da Loteria estatal, vislumbrando-se o caso hipotético da perda da oportunidade dos apostadores lotéricos, não se pode falar em lucros cessantes, pois, ainda que os números apostados sejam sorteados, não havia um ganho habitual e certo, mas eminentemente aleatório. Também, não há se falar em dano emergente, em que não houve uma perda substancial em seu patrimônio, senão o valor pago pelo bilhete, absurdamente

ínfimo em relação ao prêmio concorrido, mas a composição do dano deve ser apurada mediante a teoria da *perda da chance*.

Do exemplo proposto, surge, então, da hipótese dois resultados diferentes. A primeira é do apostador “A” que perde somente a chance de participar do sorteio, porque os números apostados no concurso de prognóstico não foram aqueles sorteados; a segunda é do apostador “B” que deixou de participar efetivamente do sorteio e perdeu a oportunidade de ganhar o prêmio, porque acertou os números, mas por um erro na prestação do serviço lotérico, deixou de ter o bilhete/cupom reconhecido e, conseqüentemente, negado o pagamento do prêmio.

A partir daqui é possível perceber que a proporção de chance entre os apostadores “A” e “B”, muito embora originados do mesmo evento, são diferentes. Enquanto o apostador “A” perdeu somente a chance de participar do sorteio, o apostador “B” não apenas perdeu a chance de concorrer ao prêmio, mas efetivamente deixou de ganhá-lo por não ter participado do sorteio. Antes da realização do sorteio houve a perda da chance, independentemente do resultado do sorteio. Mas, após a realização do sorteio, em que um dos apostadores teria logrado êxito, a chance perdida já passa a ser outra. Nesse caso, se a proporção da oportunidade é diferente, o percentual da chance também o é.

Em sendo assim, a composição do dano suportado pelo apostador não peregrina pela modalidade do dano emergente, pois não houve uma perda substancial em seu patrimônio; tampouco pelo campo do lucro cessante, visto que não se vislumbra a perda de um lucro habitual; mas estará configurada nos moldes da teoria da perda de uma chance ou oportunidade, seja de participar validamente do sorteio, seja de perceber o prêmio devido, observando-se, em cada caso, o grau de chance perdida.

Por fim, para não deixar escapar à pesquisa, demonstrou-se outras formas de responsabilização abrangida pelo Direito pátrio, notadamente prevista na Carta Magna, na legislação administrativa e na esfera Civil. Dessa forma, no campo do Direito Administrativo, ficou evidenciado, nos moldes do art. 37, § 6º da Constituição Federal que a responsabilidade das permissionárias de serviço é objetiva, razão pela qual as Casas Lotéricas, mesmo fora dos ditames do CDC, respondem objetivamente por dano causado aos apostadores.

Demonstrou-se, também, o dever de fiscalização da Caixa Econômica Federal sobre as atividades lotéricas das permissionárias. No Direito Civil foi estudado a culpa *in*

vigilando da empresa pública em disceptação, pela qual insere a CEF no rol de responsáveis. Em contínua análise, a permissionária de serviço de utilidade pública, conforme dito, sempre terá responsabilidade civil objetiva, havendo ou não fiscalização por parte do poder permitente. A diferença residirá no direito de regresso contra este. Se não houver fiscalização da Caixa Econômica Federal, na ocorrência de danos ao apostador, a Casa Lotérica será responsabilizada objetivamente, mas terá resguardado o direito de regresso contra a empresa pública. Se ficar comprovada a efetiva fiscalização do poder permitente, a permissionária será responsabilizada e não terá direito de regresso.

Não obstante subsistam inúmeras discussões e teorias em torno da responsabilidade civil da Caixa Econômica Federal e das Casas Lotéricas pela falha da prestação do serviço lotérico e conseqüente negativa de pagamento de prêmio, um detalhe há de ser reforçado. Em qualquer hipótese a empresa pública será subsidiariamente responsável. Independentemente de dolo ou culpa, de existência ou não da relação de consumo. A verdade é que o patrimônio da CEF sempre poderá ser atingido. Se os bens da permissionária não forem suficientes para saldar o débito, o apostador lesado poderá voltar sua pretensão contra o poder permitente a fim de satisfazer integralmente o pagamento do prêmio negado.

Assim, portanto, o apostador terá resguardado o seu direito ao prêmio, seja através da permissionária (a Casa Lotérica) seja via subsidiária contra o poder permitente (a Caixa Econômica Federal) ou contra a própria União. Assim, diante de todas as teorias aqui esboçadas, a presente pesquisa conclui que todas elas são favoráveis ao apostador/consumidor que sempre estará acobertado pelo manto sagrado do Direito.

É bem verdade que alguns aspectos podem ter ficado de fora do debate. Algumas teorias pertinentes não foram abordadas e uma possível pesquisa de campo não foi explorada. Com a pretensão de aprofundar mais no assunto, contudo, viu-se a possibilidade de esmiuçar e detalhar cada elemento do tema proposto dando continuidade à pesquisa, em sede de doutoramento.

Em sendo assim, a pesquisa resguarda-se para se aprofundar em momento e nível posterior, a fim de buscar com mais densidade alguns dos objetivos propostos e os problemas expostos no tema em disceptação.

REFERÊNCIAS

ABLE, *Associação Brasileira das Loterias Estaduais*. Disponível em <<http://www.able.org.br/filia.html>>. Acessado em 15 de fevereiro de 2012.

AFONSO NETO, José. *A responsabilidade civil: a teoria da perda de uma chance*. 2009.

AGÊNCIA BRASIL, *Em decisão, desembargador diz que sociedade aceita atividades ilegais de Cachoeira*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-06-20/em-decisao-desembargador-diz-que-sociedade-aceita-atividades-ilegais-de-cachoeira>>. Publicado em 20 de junho de 2012.

AGUILLAR, Fernando Harren. *Direito Econômico: do Direito Nacional ao Direito Supranacional*. São Paulo, Atlas, 2006.

ALMEIDA, Sérgio Ricardo de. *Jogo: a indústria do século XXI*. Associação Brasileira de Loterias Estaduais - ABLE. Disponível em: <<http://www.able.org.br/noti.php?ArtID=62>>. Publicado em 24 de março de 2008.

ALVES FILHO, Garibaldi. *Projeto de Lei 225/2009*. Senado Federal. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/60179.pdf>>. Publicado em 2009.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*, 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002;

AMARAL, José Ronaldo do. *As Loterias Federais Brasileiras: um Estudo da Arrecadação e de sua Previsão*. Dissertação (Mestrado). UNB, Brasília, 2005.

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro* (Ps. 43; Informativo do STF n.º 270, de 27 a 31 de maio.). São Paulo: Saraiva. 1997.

ANDRADE, Milso Nunes Veloso de. *Exploração de Loterias e Autorização de Sorteios pela Caixa Econômica Federal*. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, 2008.

Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1518/exploracao_loterias_andrade.pdf?sequence=1>. Acessado em 01 de fevereiro de 2012.

APARECIDA, Regina. *A História das Loterias no Brasil*. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/historia/historia-das-loterias-no-brasil/>>. Acessado em: 2 de fevereiro de 2012.

BELL, R. C. *Board and Table Games from Many Civilizations*. New York: Dover Publications, 1979.

BENJAMIN - Antonio Hermen de Vasconcelos e. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. Saraiva, São Paulo, 1991.

BERCOVICI, Gilberto. et al. *Políticas Públicas: Reflexos Sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo, Saraiva, 2006.

BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*. Saraiva. São Paulo, 2001.

BOLÃO CAIXA. *Bolão Caixa*. Disponível em: <<http://www1.caixa.gov.br/loterias/bolao.asp>>. Acessado em 06 de novembro de 2012.

BRASIL, Lei nº. 8.078 de 11 de setembro de 1990 – *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 12 de fevereiro de 2012.

_____, Santa Catarina. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação Cível nº. 2005.72.08.001855-9*. Des. Federal Marga Inge Barth Tessler. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=3065904&hash=97c0e1cb54187d53f1e8428c27d2308e>. Acórdão publicado em 23 de setembro de 2009.

_____, Superior Tribunal de Justiça – STF. *Exploração de Jogos de Azar é o Tema da Radionovela*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=210533&tip=UN>>. Publicado em 22 de junho de 2012.

_____, Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso em Mandado de Segurança - RMS 6.308-MG*. Rel. min. Humberto Gomes de Barros. Acórdão Publicado em 04 de março de 1996.

_____, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº. 1.070.316*. Publicado em 09 de março de 2010;

_____, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial Nº. 822.922*. Publicado no dia 06 de março de 2008;

_____, Suprema Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2847-2*. Publicada em 2004;

_____, Suprema Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2948-7*. Publicada em 2005;

_____, Suprema Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2591*. Julgado em 2006;

_____, Supremo Tribunal Federal. *Carta Rogatória nº. 10415 EU*. Julgada em 11 de dezembro de 2002;

_____, Supremo Tribunal Federal. *Carta Rogatória nº. 3.198-US*. Julgada em 2008;

_____, Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Recurso Extraordinário nº. 65.798*. Publicado em 6 de março 1969;

_____, Tribunal Regional Federal da primeira Região - TRF1. *Apelação Cível nº. 557TO*. Publicada 15 de setembro de 2003;

_____, *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acessado em 15 de janeiro de 2012.

_____, *Decreto nº. 6.473 de 5 de junho de 2008 – Aprova o Estatuto da Caixa Econômica Federal - CEF e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6473.htm>. Acesso em 05 de julho de 2011.

_____, *Decreto-Lei 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/Del0204.htm>. Acesso em 09 de janeiro de 2012.

_____, *Decreto-Lei nº. 3.688 de 3 de outubro de 1941 – Lei das Contravenções Penais*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em 02 de dezembro de 2011.

_____, *Decreto-Lei nº. 759 de 12 de agosto de 1969 - Autoriza o Poder Executivo a constituir a empresa pública Caixa Econômica Federal e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0759.htm>. Acesso em 12 de janeiro de 2012.

_____, *Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002 – Institui o Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 20 de fevereiro de 2012.

_____, *Projeto de Lei 225/2009 - Define como crime a facilitação da exploração de jogo de azar por meio de rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado, bem como a autorização para pagamento de crédito ou aposta relacionados ao referido jogo*. Autor Garibaldi Alves Filho. Senado Federal, 2009.

_____. *Solução de Divergência Cosit nº 9/2012*. Publicada no DOU 1 em 29 de agosto de 2012.

_____. *Decreto Nº 3.000, de 26 de Março de 1999*. Regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. Publicada em 1999.

BRITO, Rodrigo Toscano. *Equivalência Material dos Contratos*. Saraiva. São Paulo, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. et al. *Políticas Públicas: Reflexos Sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo, Saraiva, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. Malheiros. São Paulo, 2005;

CEF, *Caixa Econômica Federal*. Disponível em: <http://www.caixa.gov.br/acaixa/historia_missao.asp>. Acessado em 12 de maio de 2010.

_____, *Caixa Econômica Federal*. Disponível em: <<http://www.caixa.gov.br>>. Acessado em 15 de dezembro de 2011;

_____, *Caixa Econômica Federal*. Disponível em: <http://www.caixa.gov.br/acaixa/historia_missao.asp>. Acessado em 12 de maio de 2012;

BRITO MACHADO, Hugo de. *Curso de Direito Tributário*. 24ª Ed. Revista, atualizada e ampliada. Malheiros Editores, Rio de Janeiro, 2004.

CHABAS, François. *La perdita de chance nel diritto francese della responsabilità civile*. In: Responsabilità civile e previdenza. Vol. LXI, nº 2. Marzo-Aprile 1996;

CHARTIER, Yves. *La Reparation du Prejudice*. Dalloz, Paris. 1983;

CLOTFELTER, C.; COOK, P. *Implicit Taxation in Lottery Finance*. National Tax Journal 40, 533-546, 1987;

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 21. Ed. Saraiva. São Paulo, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas*. In: Bandeira de Mello, Celso Antônio (Org.). *Direito Administrativo e Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997;

CONLISK, J. 1993. *The Utility of Gambling*. Journal of Risk and Uncertainty 6, 255-275, 1993;

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2591-1. Supremo Tribunal Federal – STF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266855>>. Publicado em 07 de junho de 2006;

COSTA BARBOSA, Rodrigo. Taxa, Preço Público e Tarifa: Distinção e Aplicabilidade Prática. Juspodivm. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7BA359D605-2221-45F9-A18E-B6DB73DE6B68%7D_7.pdf>. Publicado em 2005;

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997;

DE LUCCA, Newton. *A aplicação do Código de Defesa do Consumidor à atividade bancária*, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, Blumenau, SC, 1998, v.112, pp. 66-74;

DI GIOVANNI, Geraldo. *As Estruturas Elementares das Políticas Públicas*. Caderno de Pesquisa n°. 82. UNICAMP, Campinas, 2009. Disponível em <<http://www.nepp.unicamp.br/d.php?f=117>>. Acessado em 02 de fevereiro de 2012;

DIEZ, Manuel Maria. *Manual de Derecho Administrativo*. Plus Ultra, Buenos Aires, 1980;

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Teria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*. 24° ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Responsabilidade Civil*. 24° ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____, Tribunal de Justiça, Primeira Turma. *Apelação Cível n°. 5836*. Publicada no dia 23 de abril de 1979;

DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça. *Embargos Infringentes Cíveis n°. 4492197*. Publicado em 10 de fevereiro de 1999;

DURÃES, Hebert Vieira. *Exploração de Loterias pela Caixa Econômica Federal e a Responsabilidade Civil pelo não Pagamento de Bilhete Premiado*. 152 p. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ, 2010.

DUTRA, Graciele Neto Cardoso Lins. *A perda de uma chance: novo paradigma da responsabilidade civil?* Virtù: Direito e Humanismo. Ano 1, n. 1, v. 1 set.-dez. Brasília, 2010;

ESPIRÍTO SANTO, Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n°. 31099000056*. Julgado em 29 de outubro de 2008;

ESTADÃO, *Caixa Suspende Lotérica*, Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,caixa-suspende-loterica-que-enganou-apostadores-no-rs,514662,0.htm>>. Publicado em 22 de fevereiro de 2010.

FACEBOOK AGORA TEM JOGOS DE APOSTA. Olhar Digital: Facebook Agora tem Jogos de Aposta com Dinheiro Real. Disponível em: <<http://olhardigital.uol.com.br/jovem/games/noticias/facebook-agora-tem-jogos-de-aposta-com-dinheiro-real>>. Publicado em 01 de agosto de 2012.

FEITOSA, Maria Luiza P. Alencar. *Direito Economico da Energia e do Desenvolvimento. Superando a visão tradicional*. In: ALENCAR FEITOSA, Maria Luiza; PEREIRA, Marconiete Fernandes.. (Org.). *Direito Economico da Energia e do Desenvolvimento - ensaios interdisciplinares*. Sao Paulo: Conceito, 2011, v. 1, p. 23-44.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. Ed. Nova Fronteira. Rio de Janeiro, 1993.

FILOMENO, José Geraldo Brito – *Manual de direitos do consumidor*, 5ª. edição, São Paulo: Editora Atlas, 2001.

_____, José Geraldo Brito. *et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 4 ed. Forense Universitária. Rio de Janeiro, 1996.

FIUZA, César (coord.). *Curso avançado de direito civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FOLHA, *Polícia de Novo Hamburgo*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u697946.shtml>>. Publicado em 23 de fevereiro de 2010.

_____, *Senador Sugere Livrar os Bancos do Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em < <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u305459.shtml>>. Acesso em 06 de maio de 2011.

FURTADO, C. *Desenvolvimento e Subdesenvolvimento*. Rio de Janeiro, Fundo de Cultura, 1961

G1, *Mega Sena Acumula*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL1498751-5598,00-MEGASENA+ACUMULA+E+PREMIO+PODE+CHEGAR+A+R+MILHOES.html>>. Publicado em 20 de fevereiro de 2010.

_____, *Mega da Virada já registra mais de 37 milhões de apostas, diz Caixa*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/loteria/noticia/2011/12/mega-da-virada-ja-registra-m...>>. Publicado em 29 de dezembro de 2011.

GLOBO, *Apostadores de Novo Hamburgo*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/politica/apostadores-de-novo-hamburgo-dizem-ter-acertado-seis-dezenas-da-mega-sena-em-bolao-nao-3050246>>. Publicado em 23 de fevereiro de 2010.

GODOY, Gabriel Gualano de. *Acórdão Perruche e o Direito de não Nascer*. Curitiba: UFPR, 2007. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-graduação em Direito - área de concentração em Direito das Relações Sociais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007;

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONDIM, Glenda Gonçalves. *Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance*. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, outubro de 2005;

HANSEN, A. *The Tax Incidence of the Colorado State Instante Lottery Game*. Public Finance Quarterly 23, 385-398, 1995.

HEAVEY, J.F.; *The Incidence of State Lottery Tax*. Public Finance Quarterly. October 1978.

HEUSELER, Denise; LEITE, Gisele. *Considerações Sobre Jogo e Aposta*. <http://www.giseleleite.prosaeverso.net/visualizar.php?id=2152342>>. Disponível em 22 de março de 2010.

IBGE, *Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística*. Disponível em <<http://www.ibge.gov.br/home/>>. Acessado em 03 de fevereiro de 2012.

IEZZI, Gelson e HAZZAN, Samuel. *Fundamentos de Matemática Elementar*, vol. 5. São Paulo: Atual Editora, 2001.

IMPOSTO SOBRE A RENDA INCIDENTE NA FONTE. *Imposto Sobre a Renda Incidente na Fonte*. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/pessoafisica/irpf/2012/perguntao/assuntos/imposto-sobre-a-renda-incidente-na-fonte-tributacao-exclusiva-na-fonte.htm>>. Acessado em 06 de novembro de 2012.

INÍCIO DA MATEMATIZAÇÃO DAS PROBABILIDADES. *Início da Matemática das Probabilidades*. Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Disponível em: <<http://www.mat.ufrgs.br/~portosil/histo2c.html>>. Acessado em 22 de agosto de 2012.

JACOBS, Jane. BARBOSA, Paulo Anthero S (Tradução). *A Natureza das Economias*. São Paulo, Beca Produções Culturais, 2001.

LIMA, Nelson. *A Psicologia do Consumo*. Disponível em <<http://www.administradores.com.br/informe-se/artigos/a-psicologia-do-consumo/24732/>>. Publicado em 25 de agosto de 2008.

LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos* – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

_____, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*, São Paulo; Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. São Paulo, Abril Cultural, 1973.

LOPES, Rosamaria Novaes Freire. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3861/Responsabilidade-civil-pela-perda-de-uma-chance>>. Acesso em novembro de 2010.

MARIN, Eriberto Francisco Bevilacqua; PLAZA, Charlene Maria C. de Ávila; TARREGA, Maria Cristina Vidotte. *Os Efeitos da Natureza Jurídica da Responsabilidade*

Civil Pela Perda de Chance em Propriedade Intelectual. Disponível em: <<http://www.diritto.it/pdf/28138.pdf>>. Acesso em 10 de janeiro de 2012.

MARTINS COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003

MATTOS, Geraldo. *Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. Ed. São Paulo: FTS, 2001.

MEC, *Portal do Ministério da Educação*. Disponível em <<http://www.mec.gov.br/>>. Acessado em 30 de janeiro de 2012.

MEDEIROS, Janine Fleith de; LIMA CRUZ, Cassiana Maris. *Comportamento do Consumidor: Fatores que Influenciam no Processo de Decisão de Compra dos Consumidores*. Teor. e Evid. Econ. Passo Fundo v. 14 Ed. Especial p. 167-190. 2006

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Malheiros, São Paulo, 1993.

MELO, Nehemias Domingos de. Do conceito ampliado de consumidor. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 251, 15 mar. 2004 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4984>>. Acesso em: 2 ago. 2012.

MELO, Raimundo Simão de. *Indenização pela Perda de uma Chance*. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1785>>. Publicado em 22 de abril de 2007.

MENDONÇA, Camila Ribeiro, <http://www.conjur.com.br/2012-jan-14/poquer-jogo-habilidade-nao-azar-entende-justica-catarinense> 14 de janeiro de 2012.

MICHAELIS, *Dicionário On Line*. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/>. Acessado em 09 de julho de 2010;

_____, *Moderno Dicionário da Língua Portuguesa (on line)*. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=essencial>>. Acessado em 28 de junho de 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. FABRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 24. Ed. Atlas. São Paulo, 2007.

MONTEIRO, Karla. *Jogo – Podemos apostar nele?* Superinteressante (on line). Disponível em: <[HTTP://super.abril.com.br/cotidiano/jogo-podemos-apostar-nele-444932.shtml](http://super.abril.com.br/cotidiano/jogo-podemos-apostar-nele-444932.shtml)>. Publicado em novembro de 2004.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NORONHA, Fernando. *Responsabilidade por perda de chances*. In: Revista de Direito Privado, nº. 23. Julho-Setembro de 2005.

OLIVEIRA, Nielmar de. *Setor de serviços já responde por 70% da mão de obra no PIB do país*. Agência Brasil. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2011-07->

19/setor-de-servicos-ja-responde-por-70-da-mao-de-obra-no-pib-do-pais>. Publicado em 19 de julho de 2011.

OSTER, E. *Are All Lotteries Regressive? Evidence From the Powerball*. National Tax Journal 57, 179-187, 2004.

PACKEL, Edward W. *The Mathematics of Games and Gambling*. Washington, D.C.: The Mathematical Association of America, 1981.

PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica*. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2005.

PIAÚÍ, Tribunal de Justiça, Primeira Câmara Cível. *Apelação Cível nº. 03.000322-9*. Publicado em 24 de março de 2010;

PORTAL DA TRANSPARÊNCIA DO GOVERNO FEDERAL. Disponível em <<http://www.portaltransparencia.gov.br/>>. Acessado em 20 de janeiro de 2012.

PORTAL DE NOTÍCIAS DO SENADO FEDERAL. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/noticias/principal.aspx>>. Acessado em 14 de fevereiro de 2012.

PORTUGAL. *Despacho Nº. 13722*. Presidência do Conselho de Ministros e Ministérios das Finanças e da Administração Pública, da Economia, da Inovação e do Desenvolvimento e do Trabalho e da Solidariedade Social. Disponível em: <<http://dre.pt/pdf2sdip/2010/08/167000000/4524445245.pdf>>. Publicado em 27 de agosto de 2010.

PRICE, D. I; Novak, E. S. *The Tax Incidence of Three Texas Lottery Games: Regressivity, Race and Education*. National Tax Journal 52(4), 741-752, 1999.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, Primeira Câmara Cível, *MS nº. 70025424086*. Publicado em 17 de dezembro de 2008.

RISTER, C. A. *Direito ao Desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RODRIGUES, Silvio. *Dos Contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 30°. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RUELLA, Caroline. *La perte de Chance*, *Revue de Recherche Juridique*, 1999.

RULLI NETO, Antônio. *Função Social do Contrato*. Saraiva. São Paulo, 2011.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira – *Responsabilidade civil no Código do Consumidor*, São Paulo: Saraiva, 2002.

_____, Paulo de Tarso Vieira – *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*, São Paulo: Saraiva, 2010.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº. 9086424-14.2008.8.26.0000*. Publicada em 27 de junho de 2012;

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. *Embargos Infringentes, 5083764501 SP*, Relator: Dimas Carneiro, Data de Julgamento: 17/12/2008, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 13/01/2009

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. Editora Atlas. São Paulo – 2006;

SEABRA, Mário (consultor); MOLITERNO, Sérgio (Gerente editorial). *Os Melhores Jogos do Mundo – História dos Dados*. São Paulo: Editora Abril, 1978.

SEGARD, Jean-François. *Responsabilite pour Faute du Medecin Generaliste*. Disponível em:

<http://www.Laportedudroit.com/htm/juriflash/droit_medical/responsabilite/civile/responsabfaute_medecingnrl>. Publicado em 26 de novembro de 2001;

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de Direito Civil – Contratos*. 12. Ed. Forense. Rio de Janeiro, 2007.

_____, Caio Mário da. *Instituições de Direito Civil – Vol. I*, 20ª ed. atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes, sob a supervisão do autor, Rio de Janeiro, Forense, 2004

_____, Caio Mário da. *Responsabilidade civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998;

_____, Caio Márioda. *Instituições de Direito Civil – Responsabilidade Civil*. 12. Ed. Forense. Rio de Janeiro, 2007.

SILVA, Rafael Peteffi. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

THEODORO JUNIOR, Humberto – *Direitos do consumidor*, 3ª. edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002.

US NEWS AND WORLD REPORT. Disponível em: <<http://www.usnews.com/>>. Acesso em 20 de agosto de 2012.

VASCONCELOS, Fernando Antônio de; BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos. *Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil*. Forense. Rio de Janeiro, 2008.

_____, Fernando. *O CDC, as Instituições Financeiras e a Posição da Jurisprudência Brasileira*. Verba Juris: Anuário da Pós-Graduação em Direito, João Pessoa, ano 9, n. 9, p. 271-297, jan./dez. 2010.