

JUIZADO ESPECIAL FEDERAL

PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

Recurso 00160302220074058300
Tribunal TRF5
Relator Desembargador Federal Bruno Leonardo Camara Carra
Julgado em 23/01/2023

ADMINISTRATIVO. AUTOS QUE RETORNAM DO STJ. JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. EXPLORAÇÃO DE "LOTERIA ONLINE" POR EMPRESA PRIVADA.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AUTOS QUE RETORNAM DO STJ. JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. EXPLORAÇÃO DE "LOTERIA ONLINE" POR EMPRESA PRIVADA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MPF PARA O AJUIZAMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INÉPCIA DA INICIAL. NÃO CONFIGURADA. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE DA SENTENÇA E DE CERCEAMENTO DE DEFESA EM VIRTUDE DA AUSÊNCIA DE PERÍCIA. ATIVIDADE EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO E COM O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. APOSTAS EM DINHEIRO. PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA QUE NÃO LEGITIMA A PRÁTICA. FIXAÇÃO DE ASTREINTES. VALOR RAZOÁVEL. RECURSO DESPROVIDO.

1. Retornam os autos do colendo Superior Tribunal de Justiça, após provimento do recurso especial de Lomel Locadora e Montadora de Máquinas Eletrônicas Ltda para que se prossiga no julgamento da apelação da aludida sociedade empresária, como se entender de direito.

2. Na origem, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública ao argumento de que no Estado do Pernambuco funcionam, irregularmente, diversos pontos de "loteria online". Segundo o órgão ministerial, os estabelecimentos oferecem o serviço de aposta em números (milhar) e as extrações dos números ganhadores são realizadas em vários horários durante o decorrer do dia. Sustenta que a loteria é serviço público exclusivo da União, de modo que os demandados não podem explorar tal atividade (seja na modalidade de sorteio, distribuição gratuita de brindes ou loteria, promocional ou não). Em relação a Lomel Locadora e Montadora de Máquinas Eletrônicas Ltda, o Juízo de origem julgou parcialmente procedente o pedido constante da ação civil pública, o que ensejou a interposição do presente recurso de apelação.

3. O apelante alega incompetência da Justiça Federal ao argumento de que o que se pretende coibir é, em tese, uma contravenção penal, de modo que a competência seria da Justiça Estadual. Nessa mesma perspectiva, defende a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal, pois, ainda conforme o apelante, a ação deveria ter sido ajuizada pelo Ministério Público Estadual. Não prosperam os argumentos.

4. É que, na espécie, não se pretende combater um ilícito penal em si mesmo, mas sim preservar direito difuso contra prática que prejudica a ordem econômica e a moralidade pública. Assim, o que se objetiva é fazer valer a natureza pública do serviço loterias, principalmente porque, em havendo empresas explorando autonomamente loterias, em detrimento dos consumidores, revela-se cabível o manejo de ação pelo Ministério Público Federal, no âmbito da Justiça Federal, em defesa desse direito.

5. Inclusive, sobre o ponto, destaque-se que este egrégio Tribunal ao julgar o agravo de instrumento 86190/PE (2008.05.00.006472-6) nos presentes autos disse que: "ora, se a competência para autorizar a

exploração de atividade de bingos e loteria, na qual está inserido o "jogo do bicho", é privativa da União, não se poderia afastar do juízo federal, como pretende o agravante, a apreciação da matéria" (fls. 4984-4997).
PRELIMINAR REJEITADA.

6. O apelante também sustenta a sua ilegitimidade passiva. Tem-se que a matéria deduzida nesta preliminar confunde-se com o próprio mérito recursal, razão pela qual serão analisados conjuntamente.

7. Em relação à alegada inépcia da inicial, não assiste razão ao argumento. Basta rever a peça inaugural devidamente formulada pelo Ministério Público Federal, a qual descreve as circunstâncias fáticas dos atos praticados pelos demandados, especificando todo o contexto dos autos, permitindo a compreensão dos fatos que lhe foram imputados e viabilizando o contraditório e a ampla defesa. PRELIMINAR REJEITADA.

8. Também de acordo com o apelante, o magistrado deveria ter chamado ao processo todas as pessoas que potencialmente poderiam ter atingidos os seus direitos por força da ação proposta. Improcede o argumento. É que a impossibilidade de a petição inicial identificar todos os réus (de forma exaustiva) não impede o seu processamento, pois conforme explicitado pelo Ministério Público Federal, "sendo certo que há diversos pontos de venda e pessoas atuando na exploração da atividade ilícita, inviável qualificá-las ou identificá-las, até pela constante rotatividade de tais pessoas nessa atividade, tornando impraticável a formação do litisconsórcio, pena de inviabilizar-se o próprio exercício do direito de ação".

9. Por oportuno, ressalte-se, inclusive, que o Juízo de origem ratificou a decisão que determinou a citação por edital dos beneficiários dos atos combatidos na ação civil pública. PRELIMINAR REJEITADA.

10. No que toca ao alegado cerceamento de defesa em virtude da não realização de perícia, também não prospera. É que cabe ao julgador determinar a produção das provas necessárias à instrução do feito, podendo indeferir as que reputar inúteis ou protelatórias, nos termos do art. 370 do Código de Processo Civil. Nesse sentido: AgInt no REsp 1653868/SE, Relator Ministro Moura Ribeiro, 3ª Turma, DJe 20/03/2019; Apelação Cível 08141811420184058100, Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro, 2ª Turma, julgado em 03/05/2022.

11. Assim, o pedido de produção de provas deve ser analisado pelo magistrado sob a ótica da essencialidade para o deslinde da questão, cabendo a ele determinar as provas necessárias ao julgamento, já que é o destinatário da prova. Por oportuno, destaca-se que o Juízo a quo fundamentou devidamente o indeferimento da produção probatória: "diante da documentação dos autos, bem como da natureza dos equipamentos de propriedade da requerente apreendidos pelas diligências policiais (por força do mandado de busca e apreensão nº 0001.000001-3/2009), entendo configurada a relação dos bens apreendidos com o fomento da prática contravencional [...]". PRELIMINAR REJEITADA.

12. Quanto ao mérito, tem-se que, in casu, o que se busca coibir é a exploração de sorteio, distribuição gratuita de brindes ou loterias por empresas privadas. Primeiramente, faz-se necessário esclarecer que a atividade lotérica tem natureza jurídica de serviço público. Neste particular, o Ministro Luís Roberto Barroso, ao tratar sobre a competência estadual relacionada às loterias e aos bingos, disse que: "é possível afirmar, assim, em linha de coerência com a posição doutrinária prevalente, que no Brasil a atividade de exploração de loterias é qualificada desde muito tempo, e até o presente, como serviço público" (BARROSO, Luís Roberto. Loteria - competência estadual - bingo. Online, p. 264. Disponível: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47546/45195/93247>. Acesso: 18 jan. 2023).

13. Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, no âmbito das ADPF's 492 e 493, ao discutir a competência

administrativa - material - da execução do referido serviço público (sistemas lotéricos), disse que não se pode inferir do texto constitucional a possibilidade de a União, por meio de legislação infraconstitucional, excluir outros Entes Federativos da exploração de atividade econômica (serviço público) autorizada pela própria Constituição.

14. Prosseguiu a Suprema Corte: "a competência da União para legislar exclusivamente sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive loterias, não obsta a competência material para a exploração dessas atividades pelos entes estaduais ou municipais". Assim, as ADPF's 492 e 493 foram julgadas procedentes no sentido de declarar não recepcionados pela Constituição os arts. 1º e 32, caput, § 1º, do Decreto-Lei nº 204/67 (ADPF 492/RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes, Plenário, julgado em 30/09/2020).

15. A partir de tal pano de fundo, é possível afirmar que justamente por se tratar de serviço público (explorado pelos Entes Federativos), restaria autorizada também a prestação do serviço na modalidade indireta, por meio de concessão ou de permissão. Isso porque a Constituição Federal estabeleceu como cláusula genérica, no art. 175, que "incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos".

16. Nessa perspectiva, seria possível admitir, em tese, a prestação do serviço pela empresa apelante caso estivesse atuando em regime de concessão ou de permissão. Ocorre que o caso em apreço retrata situação diversa. É que, na espécie, a empresa, sem ter celebrado qualquer tipo de contratação com o Poder Público, estava explorando um serviço tipicamente público.

17. Tal conclusão é ratificada pelos termos do próprio recurso de apelação, tendo em vista que em nenhum momento a apelante alega que agia com fundamento em contratação firmada com o Poder Público. Na realidade, os argumentos utilizados para tentar afastar a condenação são, em síntese: "não utilizava máquina de azar, mas sim de diversão" e "não pode ser paralisada atividade de uma empresa regularmente constituída com objeto lícito".

18. Assim, por não se tratar de prestação de serviço público mediante concessão ou permissão, a apelante não estaria autorizada, realmente, a explorar a atividade de sorteio, distribuição gratuita de brindes ou loterias. Passa-se, então, a analisar a atividade que era desempenhada pela apelante a fim de verificar o seu enquadramento na vedação ora estabelecida.

19. De acordo com o próprio apelante, "os equipamentos que outrora fabricava eram máquinas de premiação que dependia exclusivamente da habilidade do usuário". Com efeito, para que haja desconformidade com a legislação é suficiente a existência de aposta em dinheiro, sendo exatamente este o caso dos autos. Além disso, é de conhecimento notório que "máquinas eletrônicas de diversões" são conhecidas por serem programáveis, cujos jogos possuem resultados aleatórios.

20. O fato de a empresa pagar impostos ou gerar movimentação de renda não é suficiente para legitimar situação que é expressamente vedada pela legislação de regência. É que, de fato, o princípio da livre iniciativa deve ser prestigiado e incentivado, contudo, este não é absoluto, pois esbarra em situações ilegais. No ponto, chama-se atenção ao princípio da relatividade ou da convivência das liberdades públicas, o qual preconiza que os direitos e garantias fundamentais não são ilimitados, uma vez que encontram fronteiras nos demais direitos igualmente consagrados na Constituição, sendo, no caso em exame, prestigiadas a preservação da ordem econômica e da moralidade pública.

21. Por derradeiro, a sentença condenou o apelante a se abster de explorar/fomentar/praticar toda e

qualquer atividade relacionada, sob pena de incorrer em multa coercitiva (astreintes) no valor de R\$ 10.000,00 diários em caso de descumprimento deste comando sentencial ou de obstáculos por ela criado para a integral concretização dos mandamentos definidos na decisão. Multa a ser revertida em favor do Fundo Federal de Defesa dos Interesses Difusos. Veja-se que justamente para fazer valer a sua decisão, o magistrado fixou montante que, caso seja angariado, será destinado ao Fundo em prol dos direitos difusos, previsto no art. 13 da Lei nº 7.347/85.

22. A astreintes fixada na sentença para o caso de descumprimento de obrigação de fazer possui natureza coercitiva, objetivando compelir o devedor a cumprir o provimento jurisdicional. Inexiste critério objetivo para a fixação de seu quantum, sendo certo apenas que não pode ser valor irrisório, a ponto de torna-la ineficaz, nem exagerada a ponto de torna-la impagável. Isso considerado, mantém-se o valor fixado em sentença, pois é suficiente para desencorajar o inadimplemento da obrigação de não fazer consistente na impossibilidade de permanecer explorando tais atividades, além de ser compatível com a reprovabilidade da conduta que se busca evitar.

23. Apelação desprovida. Sem condenação em honorários advocatícios (art. 18 da Lei 7.347/85).

LL