AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.640 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	**: MIN. LUIZ FUX**
REQTE.(S)	: GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
REQTE.(S)	: GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
REQTE.(S)	: GOVERNADOR DO ESTADO DO ACRE
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE
REQTE.(S)	: GOVERNADOR DO ESTADO DO PARANÁ
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ
REQTE.(S)	: GOVERNADOR DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
REQTE.(S)	: GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
REQTE.(S)	: GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
ADV.(A/S)	: ADVOCACIA DO SENADO FEDERAL
ADV.(A/S)	: ANDERSON DE OLIVEIRA NORONHA
ADV.(A/S)	: HUGO SOUTO KALIL
ADV.(A/S)	: GABRIELLE TATITH PEREIRA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

V O T O

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Excelentíssimo Senhor Ministro Presidente, Luís Roberto Barroso; Excelentíssima Senhora Ministra Carmén Lúcia; Excelentíssimos Ministros; ilustre representante do Ministério Público; ilustres advogados.

Como fiz constar do relatório, a presente ação direta se volta contra

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 15F8-AC07-BB10-E983 e senha C23F-A62C-F2F8-CD14

dispositivos da Lei Federal nº 13.756, de 12 de dezembro de 2018, na redação dada pela Lei Federal nº 14.790, de 29 de dezembro de 2023, que, respectivamente, **restringem** de um lado a possibilidade de participação de grupos econômicos e empresas em contratos de concessão para a exploração de loterias estaduais e de outro a realização de publicidade destes serviços.

Consignando desde logo o cabimento da presente ação direta - eis que ajuizada por Governadores de diversos Estados contra lei federal editada na vigência da Constituição, que trata de matéria de evidente interesse dos Estados-membros -, passo a declinar algumas premissas teóricas que julgo serem essenciais ao deslinde da presente controvérsia.

PREMISSAS TEÓRICAS

I - O SERVIÇO PÚBLICO DE LOTERIAS E A COMPETÊNCIA DOS ESTADOS-MEMBROS PARA SUA EXPLORAÇÃO: A DECISÃO DO PLENÁRIO DA CORTE NAS ADPF´S 492 E 493 E NA ADI 4.986

A matéria relacionada à exploração de serviços de loterias pelos Estados-membros foi analisada recentemente pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto das ADPF´s 492 e 492 e da ADI 4.986, sob a relatoria do Eminente Ministro Gilmar Mendes. Transcrevo a ementa do respectivo acórdão:

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

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 15F8-AC07-BB10-E983 e senha C23F-A62C-F2F8-CD14

> *Fundamental conhecidas e julgadas procedentes. Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida e julgada improcedente"* (ADPF 492, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* 15/12/2020).

Os fundamentos acolhidos pela unanimidade dos Ministros da Corte naquela assentada merecem destaque aqui. Partindo de um escorço histórico legislativo, que revela que os Estados tradicionalmente exploravam as loterias até a edição do Dec-Lei 204/1967, o Plenário assentou, em síntese, que:

> **a) loteria é serviço público em sentido formal**, haja vista o regime jurídico de direito público a que está submetida;
>
> **b) é preciso distinguir, à luz da Constituição, competências legislativas e competências materiais dos entes federativos**; a União tem competência legislativa privativa para legislar sobre loterias, porquanto inseridas no conceito de "consórcios e sorteios" (CF, art. 22, XX, e Súmula Vinculante 2);
>
> **c) a competência legislativa privativa da União para a matéria não exclui a competência material dos Estados para a exploração dos serviços lotéricos;** os Estados têm competência material para prestar todos os serviços públicos que não lhe sejam expressamente vedados pela Constituição (CF, art. 25, §1º).

Este é, portanto, o cerne da *ratio decidendi* das ADPF´s 492 e 493, que conduziu o Plenário à conclusão de que a vedação à exploração de serviços de loterias pelos Estados, constante do Dec-Lei 204/1967, não

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 15F8-AC07-BB10-E983 e senha C23F-A62C-F2F8-CD14

havia sido recepcionada pela Constituição: a distinção ontológica existente entre competências legislativas e competências materiais dos entes federativos, da qual decorrem limitações à atividade legiferante da União.

Com efeito, nos termos do que dispõe o artigo 22, XX, da CF e conforme restou explicitado no enunciado da Súmula Vinculante 2, não há dúvidas de que a União tem competência para legislar privativamente sobre o serviços de loterias no Brasil. Esta competência legislativa, entretanto, não é ilimitada, não podendo a União, no seu exercício, desbordar das balizas que decorrem do princípio federativo.

A leitura dos votos dos Ministros que participaram do julgamento das ADPF´s 492 e 493 revela pelo menos duas destas limitações constitucionais à competência legislativa da União sobre os serviços públicos de loteria. A primeira delas, que já destaquei, consiste na impossiblidade de a União obstar por completo a exploração dos serviços lotéricos pelos Estados, instituindo um monopólio da atividade para si, visto que a Constituição não prevê tal privilégio.

A segunda limitação à competência da União para legislar sobre loterias, que também é inerente ao princípio federativo, consiste na impossibilidade de que a União institua (de modo irrazoável) tratamento diferenciado entre Estados na regulação do tema, privilegiando determinados Estados em detrimento de outros ou, saliento eu, privilegiando a si própria em detrimento dos Estados-membros. É o que se depreende, por exemplo, dos seguintes excertos do voto do Ministro Alexandre de Moraes naquela oportunidade:

> *"A Constituição prevê que a competência é privativa da União, mas nada mais do que isso. Não prevê, a meu ver, com todo o respeito às posições em contrário, em momento algum, exclusividade na*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 15F8-AC07-BB10-E983 e senha C23F-A62C-F2F8-CD14

exploração pela União. ***Não prevê, o que me parece mais grave ainda, a possibilidade de alguns estados manterem essas loterias, em virtude de ordenamentos jurídicos passados, enquanto outros estão absolutamente proibidos****.*

A Constituição diz: é possível o sistema de consórcios, sorteios e loterias e quem deve normatizar, quem deve regulamentar, é a União. Não diz mais nada. A existência desse sistema de consórcios, sorteios e loterias é lícita e deve ser regulamentada pela União.

Indago: seria possível que a União, ao exercer sua competência legislativa para a matéria, destinasse a exploração somente para si? Ou ainda: se a União estabelecesse "só eu posso", e alguns estados já tivessem antes essa possibilidade, essa preferência administrativa, eventualmente criada pela União com base em sua competência privativa legislativa, seria constitucional? Parece-me que a resposta é negativa*.*

Entendo que, por não existir expressa vedação aos estados e municípios, a União não poderia - nos termos do art. 19, III, da Constituição, que consagra uma das importantes vedações federativas -, ao exercer sua competência legislativa privativa, criar distinções ou preferências entre União e estados, entre União, estados e municípios ou entre estados diversos.

Esse é o texto expresso, esse é o texto que o art. 19, III, estabelece:

> *"Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*
>
> *(...) III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si."*

O poder de regulamentar, via legislação federal, o sistema de loterias, é privativo da União. Só que o exercício desse poder de regulamentar legislativamente deve ser observado com absoluto

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 15F8-AC07-BB10-E983 e senha C23F-A62C-F2F8-CD14

> *respeito às regras do federalismo, que não estabelecem competência administrativa exclusiva da União para essa exploração e com absoluto respeito às vedações federativas - que não permitem que qualquer dos entes federais - não só a União -, no exercício de suas competências, possam estabelecer preferências ou distinções entre os entes federativos.*
>
> *O que a União está fazendo é exatamente isso. A União, no exercício de sua competência legislativa, que é exatamente regulamentar sistema de loterias, guarda para si, com exclusividade, a possibilidade de exploração"* (Ministro Alexandre de Moraes, p. 49 do acórdão da ADPF 492, grifei).

Saliento o seguinte ponto, enquanto primeira premissa teórica essencial ao julgamento da presente ADI: **no exercício de sua competência legislativa privativa sobre o serviço de loterias, a União não pode instituir tratamento diferenciado entre os entes federativos, privilegiando determinados Estados em detrimento de outros ou privilegiando a si própria em detrimento dos Estados-membros, mediante a obstaculização do exercício de competências materiais franqueadas aos Estados pela Constituição.**

Obviamente, a ora referida impossibilidade de instituição de tratamento legal diferenciado entre os entes federativos no exercício de competências materiais concorrentes não é absoluta. A constitucionalidade de eventuais distinções legais, entretanto, como se sabe, dependerá sempre da existência de justificativas razoáveis, ligadas à promoção de outros direitos fundamentais consagrados na Constituição de acordo com um juízo de proporcionalidade, não podendo, de forma alguma, ter lugar sem tal embasamento.

II - O ESTADO FISCAL E A DIMENSÃO DOS CUSTOS DOS DIREITOS

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 15F8-AC07-BB10-E983 e senha C23F-A62C-F2F8-CD14

A segunda premissa teórica que reputo essencial ao julgamento da presente causa se relacionada à inexorabilidade do fato de que a atuação estatal não pode prescindir de recursos financeiros.

Como todos sabemos, a Constituição Federal, que estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1º, III), contém um extenso rol de direitos fundamentais. Promulgada já nos últimos anos do século XX, a Carta vigente incorporou toda a evolução do constitucionalismo observada no século passado, razão pela qual ostenta direitos de todas as chamadas "gerações" de direitos fundamentais, prevendo tanto as clássicas liberdades públicas (direitos de primeira geração), quanto direitos econômicos, sociais e culturais (direitos de segunda geração) e direitos difusos e coletivos (direitos de terceira geração).

Acerca das chamadas "gerações de direitos fundamentais", a melhor doutrina sempre relembra que o uso do termo "geração" neste contexto se dá unicamente para enfatizar a historicidade do surgimento destes direitos (as gerações são cumulativas, e não excludentes uma da outra) e que cada uma destas três gerações pode ser associada respectivamente a uma das palavras que formavam o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 11ª ed., São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 206).

A supra referida classificação dos direitos fundamentais que leva em conta sua origem histórica, não é, claro, a única forma de classificação destes direitos. Parte da doutrina, procurar classificar os direitos fundamentais a partir das funções precípuas que estes direitos exercem no sistema. Neste sentido, por exemplo, Ingo Sarlet, inspirando-se na seminal obra de Robert Alexy, organiza os direitos fundamentais em dois grandes grupos, a saber: **os direitos de defesa** (que demandam do Estado

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 15F8-AC07-BB10-E983 e senha C23F-A62C-F2F8-CD14

precipuamente uma postura de abstenção, como se dá com as clássicas liberdades públicas) e os **direitos a prestações** (que, ao contrário, impõem ao Estado primordialmente posturas comissivas). Os direitos a prestações, por sua vez, ainda segundo Sarlet, se dividiram em direitos a prestações em sentido amplo (nos quais estariam abrangidos os direitos à proteção e os direitos à participação na organização e procedimento) e direitos a prestações em sentido estrito, que seriam direitos ao recebimento de bens materiais disponíveis no mercado, tais como moradia, alimentação, saúde, educação, etc. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 11ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 167).

À bipartição, oriunda do direito alemão, dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações corresponde, no direito norte-americano, a recorrentemente utilizada distinção dos direitos constitucionais em direitos negativos e direitos positivos. É o que se extrai, por exemplo, da lição dos professores estadunidenses Stephen Holmes e Cass Sunstein, que assentam que a distinção direitos negativos/direitos positivos se tornou influente na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana e se refere ao fato de que alguns direitos seriam essencialmente privativos e obstrutivos (ex: o direito à propriedade) e outros essencialmente caritativos e contributivos (ex: os subsídios habitacionais e os programas de renda mínima) (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O Custo dos Direitos - porque a liberdade depende dos impostos*, São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 27).

Historicamente, a dicotomia doutrinária 'direitos de defesa/direitos a prestações' sempre teve como intuito realçar os problemas teóricos e práticos inerentes à atividade de adjudicação dos direitos a prestações. É que, como demonstra a doutrina, a mera aplicação da lógica bilateral credor-devedor, própria do processo judicial de índole liberal, aos direitos a prestações acaba por desconsiderar a dimensão coletiva que é

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 15F8-AC07-BB10-E983 e senha C23F-A62C-F2F8-CD14

própria desta categoria de direitos, dado que sua implementação demanda invariavelmente decisões alocativas, não raramente trágicas, sobre os sempre escassos recursos públicos (SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais*, *in* NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 588).

Nada obstante, a já citada obra de Stephen Holmes e Cass Sunstein, *The Cost of Rights*, teve o grande mérito de aclarar circunstância óbvia, já antecipada pela análise econômica do direito, e à qual a doutrina dos direitos fundamentais não costumava dar a devida importância, a saber: **o fato de que a implementação de todo e qualquer direito fundamental demanda do Estado o dispêndio de recursos financeiros**.

Com efeito, também a garantia das chamadas liberdades públicas (ou direitos de defesa) implica custos estatais consideráveis, porque esta garantia depende da manutenção, no mínimo, de um aparato judicial e policial eficiente, a ser custeado pelo tesouro público. Nesse sentido, seria tecnicamente incorreta a classificação de alguns direitos fundamentais como "direitos negativos" e, a rigor, todo e qualquer direito fundamental seria um direito positivo. *In verbis*:

> *"Uma máxima clássica da ciência jurídica diz que "Não há direito sem o remédio jurídico correspondente". Os indivíduos só gozam de direitos em sentido jurídico, e não apenas no sentido moral, quando as injustiças de que são objeto são reparadas pelo Estado de maneira justa e previsível. Essa realidade simples já revela o quanto é insuficiente a distinção entre direitos negativos e positivos. O que ela demonstra é que todos os direitos passíveis de imposição jurídica são necessariamente positivos.*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 15F8-AC07-BB10-E983 e senha C23F-A62C-F2F8-CD14

> *Os direitos têm um custo alto porque o custo dos remédios é alto. Garantir os direitos sai caro, especialmente quando essa garantia é justa e uniforme; e os direitos jurídicos não têm significado algum quando não são garantidos coercitivamente. (...)*
>
> *Se os direitos fossem meras imunidades à intromissão do poder público, a maior virtude do governo (pelo menos no que diz respeito ao exercício dos direitos) seria a paralisia ou a debilidade. Um Estado débil, no entanto, é incapaz de proteger liberdades pessoais, mesmo aqueles que parecem completamente "negativas" (...). Todos os direitos custam caro porque todos eles pressupõem que o contribuinte financie um mecanismo eficiente de supervisão, que monitore o exercício dos direitos e o imponha quando necessário"* (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O Custo dos Direitos - porque a liberdade depende dos impostos,* São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 31).

Da circunstância indisputável de que o Estado depende de recursos financeiros para cumprir sua *ratio essendi*, de promoção e garantia dos direitos fundamentais, decorre também o conceito de "Estado fiscal". Conforme magistério do professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra José Casalta Nabais, os Estados atuais, e mormente os mais desenvolvidos, são fundamentalmente Estados fiscais. Dado que a atuação estatal demanda necessariamente o dispêndio de recursos financeiros, os governos dos países em que vige o paradigma do livre mercado têm de obter financiamento precipuamente através da retirada de recursos da própria economia de mercado, de sorte que a ideia de Estado Fiscal constitui "*a base fundacional ou o próprio pressuposto da existência e funcionamento do Estado de direito contemporâneo*" (NABAIS, José Casalta. *Estado de Direito, Estado Fiscal e Dever Fundamental de Pagar Impostos,* Coimbra: Almedina, 2024, p. 21).

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 15F8-AC07-BB10-E983 e senha C23F-A62C-F2F8-CD14

Conquanto as análises de José Casalta Nabais se direcionem primordialmente ao financiamento estatal por meio de impostos (tributos unilaterais), suas reflexões podem ser aplicadas analogicamente, a meu sentir, às situações excepcionais em que a Constituição autoriza o Estado a explorar determinadas atividades econômicas, por razões de interesse público. Segundo pontua o autor, a previsão constitucional de direitos fundamentais implica a existência de correlatos deveres fundamentais, tanto para o Estado quanto para os particulares. Assim, em contrapartida ao direito que têm os cidadãos de receber do Estado a proteção e a promoção de direitos fundamentais corresponde um **dever fundamental de pagar tributos**, dado que, sem recursos financeiros, o Estado simplesmente não será capaz de desempenhar suas funções. *In verbis*:

> *"Uma caracterísica dos deveres fundamentais que leva a que estes, na medida em que exprimem o comprometimento e a responsabilidade dos cidadãos relativamente à existência e funcionamento da respectiva comunidade estadual, sejam muito poucos. Pois, como já referido, os deveres fundamentais autónomos mais não são do que os custos ou os* incommoda *que formam a parte passiva do pacto ou contrato social, constante do respectivo pacto constitucional, necessários para assgurar a existência, o funcionamento e o financiamento da comunidade estadual, cuja razão de ser é a garantia da dignidade da pessoa humana. Não admira, assim, que tais deveres fundamentais sejam os exigidos: pela existência e subsistência da comunidade estadual (custos existenciais) - o dever de defesa da pátria, integre-se no âmbito deste ou não um específico dever de serviço militar; pelo funcionamento democrático do Estado (custos de funcionamento) - o dever de voto ou de sufrágio traduza-se este em votar na eleição de representantes ou em votar diretamente questões submetidas a referendo ou plebiscito; e pelo*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 15F8-AC07-BB10-E983 e senha C23F-A62C-F2F8-CD14

> *financiamento da administração comunitária (custos financeiros) - o dever de pagar tributos impostos"* (NABAIS, José Casalta. *Estado de Direito, Estado Fiscal e Dever Fundamental de Pagar Impostos*, Coimbra: Almedina, 2024, p. 95).

A lição acima referida, acerca do reconhecimento da existência de deveres de ordem financeira correlatos às obrigações do Estado de garantir e promover direitos fundamentais, segundo compreendo, podem ser invocadas para o deslinde da controvérsia constitucional *sub judice*. Isto porque, se a Constituição impõe aos Estados-membros uma série de competências materiais relacionadas à garantia e ao fomento de direitos fundamentais, devem ser garantidos a estes entes federativos, em contrapartida, os meios necessários e constitucionalmente legítimos para a obtenção de recursos financeiros, haja vista que, como já salientado, não existe defesa de direitos fundamentais sem custos.

Estes meios de financiamento constitucionalmente legítimos a que faço referência envolvem, sem dúvida alguma, o pleno exercício das competências tributárias dos Estados-membros. Como se sabe, por expressa dicção constitucional, a União não pode instituir isenções heterônomas, incidentes sobre tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios (art. 151, III). A razão de ser da vedação reside, como se sabe, na proteção do federalismo fiscal e da repartição constitucional de receitas entre os membros da Federação, tendo o constituinte buscado evitar que a União utilize subterfúgios fiscais para erodir da autonomia financeira dos Estados.

A mesma lógica que fundamenta a vedação constante do art. 151, III, da CF, penso eu, deve ser aplicada à matéria ora em análise. **Se a Constituição franqueou expressamente aos Estados-membros a exploração do serviço público de loterias enquanto meio alternativo de financiamento das atividades destes entes federativos, conforme**

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 15F8-AC07-BB10-E983 e senha C23F-A62C-F2F8-CD14

decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 492, não pode a União opor obstáculos irrazoáveis à exploração destes serviços, sob pena de ofensa ao federalismo fiscal e à autonomia financeira dos Estados.

Como ficará claro mais adiante, a exploração de serviços de loteria pelos Estados pode vir a constituir um importante meio de obtenção de recursos financeiros para estes entes federativos, assim como o é para a União atualmente. Neste cenário, vale o que já assentei para a primeira premissa abordada neste voto: eventuais restrições impostas pela legislação federal aos Estados na exploração dos serviços de loteria só serão legítimas se estiverem solidamente fundadas em argumentos relacionados à promoção de outros direitos fundamentais, de acordo com um juízo de proporcionalidade.

III - OS PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA E DA LIVRE CONCORRÊNCIA COMO FUNDAMENTOS DA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL

Para além das premissas acima declinadas, entendo que há ainda um aspecto teórico cuja menção é de grande relevância para o julgamento do presente feito, qual seja, o fato de que a Constituição consagra os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência como fundamentos da ordem econômica brasileira. A menção a estes princípios é relevante aqui porque as normas impugnadas, ao mesmo tempo em que constituem restrições ao exercício de competência dos Estados-membros, veiculam restrições de ordem geográfica e material à atividade de empresas privadas que pretendam figurar como concessionárias dos serviços lotéricos em caso de concessão dos mesmos pelos Estados.

Conforme já tive a oportunidade de pontuar em outros processos de minha relatoria, a definição dos limites da intervenção estatal na ordem econômica tem particular importância no nosso contexto, considerada

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 15F8-AC07-BB10-E983 e senha C23F-A62C-F2F8-CD14

uma especial característica da Constituição brasileira. De acordo com a base de dados "*Comparative Constitutions Project*", organizada pelos Professores Tom Ginsburg (*University of Chicago*) e Zachary Elkins (*University of Texas*), apenas 21% (vinte e um por cento) das Constituições hoje em vigor ao redor do mundo preveem expressamente algum tipo de direito a um ambiente de mercado competitivo (disponível em: <http://www.comparativeconstitutionsproject.org>). Nem mesmo a Constituição norte-americana de 1789, precursora do modelo de constitucionalismo liberal, consagra um mandamento equivalente à liberdade de iniciativa garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira. Por esse motivo, não se pode reduzir essa cláusula fundamental, insculpida na Carta de 1988 com o destaque de fundamento da República e sem paralelo na ampla maioria dos textos constitucionais de outras nações, a mero capricho retórico do constituinte, para afastar ou restringir injustificadamente o controle judicial de atos normativos que afrontem liberdades econômicas básicas.

Como se sabe, o paradigma do livre mercado, de que decorre a contenção da atuação do Estado sobre o funcionamento da ordem econômica, é precisamente o que conduziu ao surgimento do constitucionalismo moderno. Em um contexto histórico, a concentração do poder de decisão sobre as atividades produtivas nas mãos do monarca e da elite que lhe era servil sempre representou efetivo meio de controle dos súditos, conquanto conduzisse, concomitantemente, ao empobrecimento da sociedade.

A esse respeito, os professores Daron Acemoglu (MIT) e James Robinson (Harvard) apontam que a inexistência de limites ao poder do soberano para a regência da economia conduz a um círculo vicioso de totalitarismo político e acentuação da miséria, responsável pelo fracasso de diversas sociedades ao longo da história, desde o império romano, passando por Veneza, até os dias atuais (ACEMOGLU, Daron;

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 15F8-AC07-BB10-E983 e senha C23F-A62C-F2F8-CD14

ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam – As origens do poder, das prosperidade e da pobreza*, 1ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 143-144).

O grande salto de progresso da humanidade, que nos permitiu gozar de padrões de vida nunca antes experimentados, somente foi possível com o advento do constitucionalismo e a consequente criação das instituições que possibilitaram a revolução industrial. Nesse sentido, o enriquecimento dos mais pobres é resultado direto de uma economia mais produtiva, ao passo que são condições fundamentais para tanto a ausência de intervenções arbitrárias por parte dos governantes e a garantia da liberdade de organização econômica. Foi pela falta desses componentes, concluem Acemoglu e Robinson, que não houve qualquer melhoria significativa de padrões de vida da humanidade entre as revoluções neolítica, ainda na pré-história, e industrial, no fim do Século XVIII.

A explicação para essa correlação entre inexistência de limites institucionais ao poder regulatório e fracasso econômico é farta na literatura econômica. O ganhador do prêmio Nobel de economia George Stigler já ensinava, em seu clássico "*The theory of economic regulation*", que "*com seu poder de proibir ou compelir, de retirar ou conceder dinheiro, o Estado, de forma seletiva, pode e efetivamente ajuda ou prejudica um vasto número de indústrias*" (*in*: *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2, No. 1, Spring, 1971, pp. 3-21).

Estabelecido, pois, que, à luz dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, o exercício de atividades econômicas por particulares deve ser protegido da coerção arbitrária do Estado, não há dúvidas de que cabe a este Supremo Tribunal Federal verificar, em última instância, a razoabilidade de restrições desta natureza impostas pelo legislador. Consoante a clássica formulação de Friedrich Hayek, "*o Rule of Law exige que a discricionariedade administrativa na ação coercitiva* (*i. e., interferindo na*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 15F8-AC07-BB10-E983 e senha C23F-A62C-F2F8-CD14

pessoa e na propriedade do cidadão privado) seja sempre sujeita a escrutínio por uma Corte independente" (HAYEK, Friedrich August. *The Political Ideal of the Rule of Law*. *In*: *National Bank of Egypt fiftieth anniversary commemoration lectures*. National Bank of Egypt, 1955. p. 45). Nesse sentido, já decidiu este Supremo Tribunal Federal em mais de uma oportunidade. Por todos:

> *"Direito constitucional. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Transporte individual remunerado de passageiros por aplicativo. livre iniciativa e livre concorrência.*
>
> *1. Recurso Extraordinário com repercussão geral interposto contra acórdão que declarou a inconstitucionalidade de lei municipal que proibiu o transporte individual remunerado de passageiros por motoristas cadastrados em aplicativos como Uber, Cabify e 99.*
>
> *2. A questão constitucional suscitada no recurso diz respeito à licitude da atuação de motoristas privados cadastrados em plataformas de transporte compartilhado em mercado até então explorado por taxistas.*
>
> *3.* ***As normas que proíbam ou restrinjam de forma desproporcional o transporte privado individual de passageiros são inconstitucionais porque****: (i) não há regra nem princípio constitucional que prescreva a exclusividade do modelo de táxi no mercado de transporte individual de passageiros;* ***(ii) é contrário ao regime de livre iniciativa e de livre concorrência a criação de reservas de mercado em favor de atores econômicos já estabelecidos, com o propósito de afastar o impacto gerado pela inovação no setor; (iii) a possibilidade de intervenção do Estado na ordem econômica para preservar o mercado concorrencial e proteger o consumidor não pode contrariar ou esvaziar a livre iniciativa, a ponto de afetar seus elementos***

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 15F8-AC07-BB10-E983 e senha C23F-A62C-F2F8-CD14

essenciais. Em um regime constitucional fundado na livre iniciativa, o legislador ordinário não tem ampla discricionariedade para suprimir espaços relevantes da iniciativa privada*.*

4. A admissão de uma modalidade de transporte individual submetida a uma menor intensidade de regulação, mas complementar ao serviço de táxi afirma-se como uma estratégia constitucionalmente adequada para acomodação da atividade inovadora no setor. Trata-se, afinal, de uma opção que: (i) privilegia a livre iniciativa e a livre concorrência; (ii) incentiva a inovação; (iii) tem impacto positivo sobre a mobilidade urbana e o meio ambiente; (iv) protege o consumidor; e (v) é apta a corrigir as ineficiências de um setor submetido historicamente a um monopólio "de fato".

5. A União Federal, no exercício de competência legislativa privativa para dispor sobre trânsito e transporte (CF/1988, art. 22, XI), estabeleceu diretrizes regulatórias para o transporte privado individual por aplicativo, cujas normas não incluem o controle de entrada e de preço. Em razão disso, a regulamentação e a fiscalização atribuídas aos municípios e ao Distrito Federal não podem contrariar o padrão regulatório estabelecido pelo legislador federal.

6. Recurso extraordinário desprovido, com a fixação das seguintes teses de julgamento: "1. A proibição ou restrição da atividade de transporte privado individual por motorista cadastrado em aplicativo é inconstitucional, por violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência; e 2. No exercício de sua competência para regulamentação e fiscalização do transporte privado individual de passageiros, os Municípios e o Distrito Federal não podem contrariar os parâmetros fixados pelo legislador federal (CF/1988, art. 22, XI)" (RE 1.054.110,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 15F8-AC07-BB10-E983 e senha C23F-A62C-F2F8-CD14

Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, *DJe* 06/09/2019, destaquei).

O precedente ora citado, ao fazer consignar a limitação existente à discricionariedade do legislador na regulação das atividades econômicas, ressalta característica essencial do sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais, já pontuada nos itens anteriores deste voto. Trata-se da máxima segundo a qual eventuais restrições a direitos fundamentais devem (i) ser informadas por um parâmetro constitucionalmente legítimo e (ii) adequar-se ao teste da proporcionalidade, pois, conforme o conhecido magistério de Robert Alexy, "*a liberdade é restringível, mas (...) somente diante da presença de razões suficientes*" (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais,* São Paulo: Malheiros, 2008. p. 357).

Esse ônus de justificação elevado, que decorre da aplicação do teste da proporcionalidade e da superação de suas etapas ou subregras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), por óbvio, não é atendido com o recurso a argumentos de cariz meramente retórico. É dizer: a restrição a direitos fundamentais deve encontrar suporte em elementos empíricos que indiquem a sua adequação e necessidade para o atingimento do objetivo constitucionalmente legítimo em aparente colisão, além de ser proporcional em sentido estrito (DA SILVA, Virgilio Afonso. *Direitos Fundamentais - conteúdo essencial, restrições e eficácia,* 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 167.

MÉRITO

IV - DA RESTRIÇÃO À CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS LOTÉRICOS POR EMPRESAS OU GRUPOS ECONÔMICOS EM MAIS DE UM ESTADO-MEMBRO

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 15F8-AC07-BB10-E983 e senha C23F-A62C-F2F8-CD14

Tendo fixado as premissas teóricas que reputo essenciais ao julgamento do processo, passo à análise do mérito da presente ação, iniciando pela restrição constante do §2º do art. 35-A da Lei nº 13.756/2018 (incluído pela Lei nº 14.790/2023). Como fiz constar do relatório, trata-se de dispositivo que impede que um mesmo grupo econômico ou pessoa jurídica celebre contrato de concessão de serviços lotéricos em mais de um Estado-membro.

Assento desde logo minha compreensão de que mencionada restrição não encontra amparo na Constituição, haja vista a incapacidade de sua sustentação à luz de um juízo de proporcionalidade.

A norma em questão, como se percebe claramente, impõe aos Estados-membros obstáculos ao exercício de sua competência material de exploração do serviço público de loterias, ao impedir que estes entes federativos ofereçam a concessão dos serviços de sua titularidade a um universo maior de empresas ou grupos econômicos interessados, mediante o devido procedimento licitatório. Referida restrição não encontra amparo na disposição do art. 175 da CF, que garante ao Poder Público, tanto federal quanto estadual, a faculdade de prestar serviços públicos sob o regime de concessão.

Pedindo vênia a eventuais compreensões em sentido diverso, não procede o argumento, ventilado, por exemplo, nas informações da Advocacia Geral da União (doc. 31), de que a restrição constante do §2º do art. 35-A da Lei nº 13.756/2018 seria adequada para beneficiar o direito dos consumidores, impedindo "*consequências como preços altos, menor qualidade dos serviços oferecidos ao cidadão e falta de diversidade entre os operadores*". A bem da verdade, a regra em tela tende a gerar justamente o efeito contrário, de prejuízo aos Estados concedentes e, por conseguinte, aos consumidores.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 15F8-AC07-BB10-E983 e senha C23F-A62C-F2F8-CD14

Ao impedir que empresas ou grupos econômicos que eventualmente já tenham firmado contratos de concessão com determinados Estados participem de processos licitatórios para a concessão de serviços lotéricos em outras unidades da federação, a lei acaba por impor aos Estados de menor população a celebração de contratos de concessão com empresas tendencialmente menos qualificadas, vez que as empresas dotadas de condições técnicas de prestação de serviços mais eficientes tenderão a competir primordialmente pela celebração de contratos de concessão nos Estados mais populosos, em que os horizontes de lucro são naturalmente mais amplos.

Pela mesma razão, os Estados menores da federação, a fim de que possam efetivamente explorar indiretamente serviços lotéricos de sua titularidade por intermédio de empresas concessionárias, tendem a ter que se submeter a contratos de concessão com maiores custos de tarifa para os consumidores finais e com menores retornos financeiros diretos para o Estado concedente, precisamente porque as empresas existentes mais capacitadas econômicamente de prestar estes serviços não poderão, *ex lege*, participar dos respectivos processos licitatórios. Saliento no ponto que a Lei das Concessões (Lei nº 8.987/1995, art. 15, I e II) estabelece como critérios preferenciais de julgamento das concorrências públicas destinadas à celebração de contratos de concessão o menor preço da tarifa do serviço e a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão. Os objetivos da Lei das Concessões, revelados nestes critérios de julgamento da licitação, tendem a ser frustrados pela limitação do universo de empresas licitantes.

Essa consequência econômica intuitiva da regra legal em análise - a saber, a submissão dos Estados menores à celebração de contratos de concessão tendencialmente desvantajosos - revela claramente que a restrição ao direito fundamental constante do §2º do art. 35-A da Lei nº

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 15F8-AC07-BB10-E983 e senha C23F-A62C-F2F8-CD14

13.756/2018 não atende à máxima da proporcionalidade, eis que sequer supera a primeira etapa de análise do postulado (juízo de adequação), não sendo adequada aos fins que supostamente se destina (a proteção do consumidor).

Consigno no ponto que a mera possibilitação da existência de mais empresas em um determinado mercado globalmente considerado (que é o efeito intuitivo da restrição ora em análise) não é suficiente para que se justifiquem restrições ao princípio constitucional da livre iniciativa. Como assenta a melhor doutrina, o direito concorrencial existe (ao menos de acordo com a visão ortodoxa da Escola de Chicago), sobretudo, para a maximização do bem-estar do consumidor (*consumer welfare*), mediante a redução dos preços (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial,* 2ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 38). É esta, pois, a razão precípua, em termos gerais, do combate a estruturas de mercado monopolísticas ou oligopolísticas: evitar a prática de sobrepreço em detrimento dos consumidores. É nesse sentido o magistério dos professores norte-americanos John Kirkwood e Robert Lande:

> *"A eficiência econômica não é o objetivo exclusivo das leis antitruste. Ao contrário, o Congresso deixou claro que o objetivo fundamental é proteger os consumidores da exploração. O principal objetivo do Congresso, em outras palavras, foi impedir empresas de obter e manter poder econômico sem justificativa e, a seguir, usar este poder para aumentar preços para os consumidores. (...) O Congresso quis atingir este objetivo, além disso, não porque ele aumentaria a eficiência econômica, mas porque ele evitaria empresas poderosas de extrair injustamente riqueza de seus parceiros comerciais".*
>
> Do original: "*Economic efficiency is not the exclusive goal of the antitrust laws. Rather, Congress made clear that the*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 15F8-AC07-BB10-E983 e senha C23F-A62C-F2F8-CD14

> *fundamental goal is protecting consumers from exploitation. Congress' principal objective, in other words, was to prevent firms from acquiring or maintaining market power without justification and then using that power to raise prices to consumers. (...) Congress wanted to achieve this goal, moreover, not because it would enhance economic efficiency, but because it would prevent powerful firms from unfairly extracting wealth from their trading partners"*. (KIRKWOOD, John B.; LANDE, Robert H. *The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency*, *in* Notre Dame Law Review 84, n. 1 (November 2008): 191-244, p. 242).

De fato, como todos sabemos, a Constituição prevê a defesa do consumidor como fundamento da ordem econômica ao lado dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, em seu artigo 170. Ademais, a lei federal que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011) não deixa de se atentar a esse objetivo, por exemplo, ao mencioná-lo expressamente em seu artigo 1º e ao dispor que os atos de concentração poderão ser autorizados excepcionalmente, se cumprido, entre outros, o objetivo de repasse aos consumidores de parte relevante dos benefícios decorrentes da concentração (art. 88, §6º, II).

A vedação à participação de empresas e grupos econômicos em concorrências para a celebração de contratos de concessão não se justifica de modo válido, portanto, em qualquer fundamento de ordem concorrencial, sendo, ao contrário, ela própria uma violação inconstitucional aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. A vedação prejudica os Estados-membros concedentes e, por consequencia, os usuários dos serviços lotéricos estaduais.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 15F8-AC07-BB10-E983 e senha C23F-A62C-F2F8-CD14

A restrição do §2º do art. 35-A da Lei nº 13.756/2018 (incluído pela Lei nº 14.790/2023) configura, ademais, violação à autonomia federativa dos Estados-membros, na medida em que inibe, sem justificativa razoável, o exercício de competência material atribuída pela Constituição aos Estados (conforme decidido pelo Plenário no julgamento das ADPF´s 492 e 493), além de retirar destes entes meio legítimo de autofinanciamento.

Com efeito, há que se atentar para o fato de que a exploração dos serviços de loteria pela União constitui atualmente importante meio de obtenção de recursos. Segundo relatório oficial divulgado pela Caixa Econômica Federal (<https://www.caixa.gov.br/Downloads/caixa-loterias/sorte_numeros_2023.pdf>), a Loteria Federal arrecadou no ano de 2023 cerca de 23,4 bilhões de reais. Deste total, mais de 11,05 bilhões de reais foram repassados para finalidades sociais, tendo a maior parte deste valor (mais 6,3 bilhões de reais) sido destinado à Seguridade Social (3,98 bilhões) e a fundos ligados a políticas de segurança pública (Fundo Penitenciário Nacional e Fundo Nacional de Segurança Pública: 2,37 bilhões de reais). Outra parte dos recursos arrecadados com a Loteria Federal, ainda segundo relatório, foram destinados a políticas públicas de fomento ao esporte (inclusive aos Comitês Olímpico e Paralímpico do Brasil, 1,61 bilhão de reais), ao Fundo Nacional de Cultura (mais de 660 milhões de reais) e ao Financiamento Estudantil - FIES (mais de 485 milhões de reais).

A lista de necessidades públicas supridas com recursos oriundos da exploração de serviços lotéricos pela União por si só demonstra a relevância da potencial arrecadação que os Estados podem obter com a exploração destes mesmos serviços. À luz da ideia de federalismo fiscal, acima mencionada, não pode a União impor obstáculos ao pleno exercício de competências arrecadatórias dos Estados, sobretudo à míngua de qualquer justificativa razoável, como no caso concreto.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 15F8-AC07-BB10-E983 e senha C23F-A62C-F2F8-CD14

A meu sentir, a restrição constante do §2º do art. 35-A da Lei nº 13.756/2018 (incluído pela Lei nº 14.790/2023) tem como resultado prático e como objetivo adjacente apenas o enfraquecimento do potencial de exploração dos serviços lotéricos pelos Estados-membros, em benefício da União, visto que o pleno funcionamento de loterias estaduais pode ter como efeito a redução da arrecadação da Loteria Federal. Este objetivo latente, entretanto, encampado pela Lei nº 14.790/2023, não encontra amparo na Constituição, pois, tal como assentado pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADPF´s 492 e 493, no exercício de sua competência legislativa privativa sobre serviços lotéricos, **não pode a União instituir tratamento privilegiado para si própria em detrimento dos Estados-membros, sob pena de ofensa ao que dispõe o art. 19, III, da CF e ao princípio federativo.**

V - DA RESTRIÇÃO À REALIZAÇÃO DE PUBLICIDADE FORA DO TERRITÓRIO DO ESTADO CONCEDENTE

No que concerne à vedação constante do §4º do art. 35-A da Lei nº 13.756/2018 (igualmente incluído pela Lei nº 14.790/2023), relativa à realização de publicidade dos serviços lotéricos estaduais além dos limites dos Estados titulares, entendo tratar-se de regra igualmente inconstitucional, visto que **desnecessária à luz do teste da proporcionalidade**.

Com efeito, é inerente à lógica do Estado federal que as unidades federativas não se insiram em uma disputa fratricida por recursos financeiros, de sorte que se revelam naturais e plenamente justificadas as disposições constantes do art. 35-A da Lei nº 13.756/2018 que impedem que um Estado comercialize serviços lotéricos a pessoas fisicamente localizadas no território de outro e que vedam a exploração multijurisdicional destes serviços. Estas restrições são claramente

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 15F8-AC07-BB10-E983 e senha C23F-A62C-F2F8-CD14

adequadas e necessárias à preservação do equilíbrio federativo. Transcrevo os dispositivos:

> *Art. 35-A. Os Estados e o Distrito Federal são autorizados a explorar, no âmbito de seus territórios, apenas as modalidades lotéricas previstas na legislação federal.* *(Incluído pela Lei nº 14.790, de 2023)* *(...)*
>
> *§ 4º A comercialização e a publicidade de loteria pelos Estados ou pelo Distrito Federal realizadas em meio físico, eletrônico ou virtual serão restritas às pessoas fisicamente localizadas nos limites de suas circunscrições ou àquelas domiciliadas na sua territorialidade.* *(Incluído pela Lei nº 14.790, de 2023)*
>
> *§ 5º São vedadas a exploração multijurisdicional de serviço de loteria estadual e distrital e a comercialização das modalidades lotéricas, não permitidos associação, participação, convênio, compartilhamento, representação, contratação, subcontratação ou qualquer avença, onerosa ou não onerosa, diretamente entre Estados ou entre estes e o Distrito Federal, ou por meio de pessoa física ou jurídica interposta, com o objetivo de explorar loterias, inclusive estrangeiras, em canal físico, eletrônico ou digital, ou de executar processos de suporte a esse negócio.* *(Incluído pela Lei nº 14.790, de 2023)*
>
> *§ 6º Considera-se multijurisdicional para os fins do § 5º deste artigo a exploração de loteria que abranja o território e a população fisicamente localizada nos limites da circunscrição de mais de 1 (um) ente federativo.*

Ocorre que, uma vez vedada a comercialização, tanto física quanto digital, de serviços lotéricos por um Estado a pessoas localizadas

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 15F8-AC07-BB10-E983 e senha C23F-A62C-F2F8-CD14

fisicamente em outra unidade da federação, não subsiste justificativa válida, a meu sentir, para que os Estados sejam alijados de adotar estratégias publicitárias que melhor lhes façam sentido, de acordo com seu planejamento de negócios.

Por óbvio, em um contexto de limitação territorial da comercialização dos serviços lotéricos, a utilização de meios tradicionais de publicidade, como, por exemplo, o uso de *outdoors* ou a veiculação de anúncios na mídia escrita (jornais e revistas), no território de outros Estados não fará qualquer sentido lógico. Nada obstante, na realidade atual de um mercado globalizado e de ampla difusão dos meios de comunicação, pode fazer sentido ao Estado que pretende comercializar seus produtos realizar ações de *marketing* em eventos realizados fora de seu território, desde que a transmissão destes eventos alcance o público fisicamente localizado em seus limites.

É o caso, por exemplo, da realização de ações de *marketing* em geral em eventos esportivos ou mesmo do sistema de patrocínios a atletas e torneios. A ampla difusão de determinados eventos esportivos na mídia em geral pode fazer com que seja conveniente a um Estado o investimento em ações de *marketing* deste tipo, qualquer que seja o local físico da realização do evento, que pode se dar em outro Estado ou mesmo fora do Brasil. Destaco, no ponto, que, de acordo com o já citado relatório oficial da arrecadação da Loteria Federal no ano de 2023, a Caixa Econômica Federal investiu cerca de 70 milhões de reais naquele ano em patrocínios esportivos, destinando, entre outros, recursos para que as ginastas Rebeca Andrade e Flávia Saraiva (que vieram, como todos sabemos, a ganhar medalhas nos jogos olímpicos de Paris neste ano de 2024) estampassem o logo das Loterias Caixa em seus uniformes no Mundial de Ginástica Artística disputado em setembro de 2023 na Antuérpia, Bélgica.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 15F8-AC07-BB10-E983 e senha C23F-A62C-F2F8-CD14

Não há, segundo compreendo, razões constitucionais que impeçam que os Estados-membros façam o mesmo. Não parece razoável, por exemplo, que o serviço lotérico de um determinado Estado não possa patrocinar um atleta ou uma equipe profissonal de futebol que vá competir em outra unidade da federação ou mesmo fora do país; não parecer razoável, outrossim, que uma loteria estadual não possa, por exemplo, realizar uma ação de *marketing* em um jogo da seleção brasileira de futebol no exterior, apenas porque o evento ocorre fisicamente fora dos limites territoriais do Estado concedente. A literalidade do §4º do art. 35-A da Lei nº 13.756/2018, tal como vigente, restringe a utilização de meios de publicidade como estes, limitando, assim, indevidamente o pleno exercício da exploração dos serviços lotéricos pelos Estados-membros.

Repita-se: em sendo observada a limitação territorial, tanto física quando digital, de comercialização dos serviços lotéricos estaduais, a vedação à realização de publicidade deste serviços não encontra justificativa razoável, porquanto absolutamente desnecessária à promoção de qualquer interesse constitucional em possível colisão (isto é, a restrição em questão não promove o objetivo de proteção do pacto federativo tanto quanto a restrição à comercialização dos serviços). Tal como consignado, a restrição a direitos fundamentais e, de igual sorte, ao exercício de competência material dos Estados-membros por lei federal só será admitida se for proporcional, isto é, adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, o que não se observa no caso concreto.

VI - DA CONCLUSÃO

Ex positis, **JULGO PROCEDENTE** a presente ação direta de inconstitucionalidade, para declarar a inconstitucionalidade do §2º do art. 35-A da Lei Federal nº 13.756/2018 (incluído pela Lei Federal nº 14.790/2023) e da expressão "publicidade", constante do §4º do mesmo

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 15F8-AC07-BB10-E983 e senha C23F-A62C-F2F8-CD14

artigo 35-A.

É como voto.J

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 15F8-AC07-BB10-E983 e senha C23F-A62C-F2F8-CD14