

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

VOTO - VISTA

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA:

1. Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelos Governadores do Estado de São Paulo, Minas Gerais, Paraná, Acre, Mato Grosso do Sul e Rio de Janeiro e do Distrito Federal contra o “§ 2º, bem como da expressão ‘e a publicidade’ constante do § 4º, ambos do artigo 35-A da

Lei federal nº 13.756, de 12 dezembro de 2018, na redação dada pela Lei federal nº 14.790, de 29 de dezembro de 2023" (fl. 1, e-doc. 1).

2. Os autores alegam que, “*ao proibir que um mesmo grupo econômico ou pessoa jurídica obtenha concessão para explorar os serviços lotéricos em mais de um Estado e no Distrito Federal, bem como que a publicidade do serviço público seja veiculada em território de Ente diverso daquele em que o serviço é efetivamente prestado, os §§ 2º e 4º do artigo 35-A, da Lei federal nº 13.756, de 2018, na redação dada pela Lei federal nº 14.790, de 2023, se revelam incompatíveis com a Constituição da República, nomeadamente com os seguintes preceitos e dispositivos constitucionais: (i) o pacto federativo e o objetivo fundamental de redução da desigualdade regional (artigos 1º, ‘caput’ e 3º, inciso III); (ii) o princípio da igualdade (artigo 5º, ‘caput’) e a proibição de criar diferenças entre brasileiros ou preferências entre si (artigo 19, inciso III); (iii) a competência dos Estados para explorar serviços públicos estaduais (artigo 25, § 1º); (iv) a igualdade de condições a todos os concorrentes no processo de licitação pública, exigindo-se apenas as qualificações técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (artigo 37, XXI); (v) os princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor, previstos, respectivamente, nos incisos IV e V do artigo 170; (vi) a possibilidade de delegação do serviço à iniciativa privada, conforme o disposto no artigo 175” (fls. 3-4, e-doc. 1).*

Afirmam “*ser entendimento consolidado desse E. STF que (i) a atividade lotérica caracteriza-se como serviço público, passível de prestação na modalidade indireta, na forma do artigo 175 da Constituição Federal de 1988; e (ii) a Constituição Federal não atribuiu à União exclusividade ou regime de privilégio para exploração do serviço público de loterias, razão pela qual, nos termos do artigo 25, § 1º, da Constituição da República, os Estados e o Distrito Federal possuem competência administrativa para exploração das atividades lotéricas”* (fl. 12, e-doc. 1).

Argumentam que “o § 2º do artigo 35-A da Lei federal nº 13.756, de 2018, com a redação conferida pela Lei federal nº 14.790, de 2023, restringiu indevidamente as possibilidades de os Estados e o Distrito Federal delegarem os serviços lotéricos de que são titulares à iniciativa privada, prevendo que ‘ao mesmo grupo econômico ou pessoa jurídica será permitida apenas 1 (uma) única concessão e em apenas 1 (um) Estado ou no Distrito Federal’. A restrição em tela produz resultados incompatíveis com a Constituição da República, seja do ponto de vista dos Estados e do Distrito Federal, dos usuários dos serviços lotéricos, como também dos agentes econômicos interessados na exploração desses serviços” (fls. 13-14, e-doc. 1).

Asseveram que, “ao impedir operadores privados com atuação no âmbito de um determinado Estado de concorrer pela prestação do serviço lotérico em outros entes estaduais, a regra pode: (i) inviabilizar a delegação do serviço à iniciativa privada e obrigar a exploração direta pelo poder público, em desacordo com o artigo 175 da Constituição da República; ou (ii) sujeitar os serviços à exploração de operadores privados inexperientes e desprovidos da ideal capacitação técnica e econômico-financeira necessárias ao bom cumprimento das obrigações assumidas, em desacordo com o artigo 37, XXI, da Constituição da República” (fl. 15, e-doc. 1).

Enfatizam que “essas consequências devem recair, principalmente, sobre os Estados de menor pujança econômica. Isso porque, cabendo ao operador privado a concessão em apenas um Estado, espera-se que serão priorizados, pelos agentes econômicos mais capacitados, aqueles cuja demanda populacional seja maior, bem como cuja população detenha maior poder aquisitivo, em prejuízo a Estados menos atrativos. Ou seja, ao invés de fomentar a concorrência entre agentes privados, a restrição em questão estimula uma competição entre entes federativos, produzindo verdadeira afronta ao pacto federativo” (fl. 15, e-doc. 1).

Realçam que, “ainda que provavelmente não tenha sido a intenção do legislador, a regra em comento tem potencial violador do princípio da igualdade,

previsto no artigo 5º da Constituição da República, uma vez que acarreta impacto desproporcional sobre os cidadãos residentes nos Estados que provavelmente serão preteridos pelos principais operadores privados de serviços lotéricos que já atuam no país” (fls. 17-18, e-doc. 1).

Alegam que “a Lei federal nº 14.790, de 2023, parece ter criado critério razoável ao prever que o serviço público estadual (a comercialização de loteria) é aquele feito às pessoas fisicamente localizadas nos limites da circunscrição estadual ou ali domiciliadas. Ocorre que o § 4º do art. 35-A não trata apenas da comercialização de bilhetes lotéricos – ou seja, a efetiva exploração do serviço – mas também da publicidade da loteria” (fl. 21, e-doc. 1).

Salientam que “a efetiva prestação do serviço ocorre apenas com a concreta comercialização de bilhetes lotéricos e a realização de apostas físicas ou virtuais – condutas reservadas pelo mesmo § 4º a quem estiver fisicamente localizado no território do Estado ou possuir domicílio na territorialidade. A publicidade de tais serviços, porém, pode perfeitamente ser direcionada a pessoas localizadas fora do território estadual, dado que o receptor da publicidade ainda não é um usuário do serviço, mas apenas um potencial usuário” (fl. 22, e-doc. 1).

Ressaltam que “a previsão viola a livre concorrência que deve imperar na prestação do serviço. Qualquer particular que detenha o direito de explorar o serviço (mediante concessão, permissão ou autorização) deve poder explorá-lo em igualdade de condições, podendo se utilizar do arsenal mercadológico existente para atrair potenciais usuários. Assim, aqui também há violação aos princípios gerais da atividade econômica, notadamente do princípio da livre concorrência, insculpido no inciso IV do artigo 170 da Carta Magna” (fl. 23, e-doc. 1).

3. Requerem a concessão da medida cautelar “para suspender a eficácia do § 2º, bem como da expressão ‘e a publicidade’ constante do § 4º, ambos do artigo 35-A da Lei federal nº 13.756, de 12 dezembro de 2018, na redação dada pela Lei federal nº 14.790, de 29 de dezembro de 2023” (fls. 24-25, e-doc. 1).

4. Pedem a procedência da ação para “*declarar a inconstitucionalidade do § 2º do artigo 35-A, bem como da expressão ‘e a publicidade’ constante do § 4º, ambos do artigo 35-A da Lei federal nº 13.756, de 12 dezembro de 2018, na redação dada pela Lei federal nº 14.790, de 29 de dezembro de 2023, por violação aos artigos 1º, ‘caput’, 3º, inciso III, 5º, ‘caput’, 19, III, 25, § 1º, 37, XXI, 170, incisos IV e V, e 175, todos da Constituição Federal de 1988*” (fl. 25, e-doc. 1).

5. O Advogado-Geral da União manifestou-se pela improcedência do pedido:

“Lotérias. Art. 35-A, § 2º e a expressão ‘e a publicidade’ constante do § 4º, da Lei federal nº 13.756/2018, incluídos pela Lei federal nº 14.790/2023. Vedaçao a que um mesmo grupo econômico ou pessoa jurídica obtenha concessão para explorar os serviços lotéricos em mais de um Estado e no Distrito Federal, bem como que a publicidade do serviço público seja veiculada em território de ente diverso daquele em que o serviço é efetivamente prestado. Suposta incompatibilidade com os artigos 1º, caput; 3º, inciso III; 5º, caput; 19, inciso III; 25, § 1º; 37, inciso XXI; 170, incisos IV e V; e 175, todos da Constituição Federal. Mérito. Ao estipular critérios normativos voltados a limitar o número de concessões lotéricas outorgáveis a um mesmo prestador ou grupo econômico, bem como o local da publicidade dos sorteios lotéricos, a Lei nº 14.790/2023 objetivou inibir comportamentos abusivos que poderiam ameaçar o equilíbrio federativo e/ou econômico. Na medida em que não representa qualquer obstáculo ao exercício regular da competência material dos Estados e DF de explorar os serviços lotéricos, o legislador federal atuou dentro das balizas estabelecidas na Constituição (artigo 22, inciso XX). As disposições do artigo 35-A, §§ 2º e 4º da Lei nº 13.756/2018 traduzem mecanismos legítimos para evitar a formação de monopólios ou oligopólios, em que poucos grupos econômicos concentrariam a exploração dos serviços lotéricos em diversos Estados, deixando em desvantagem os entes economicamente menos favorecidos. Razoabilidade da limitação à publicidade, de modo a evitar comportamento predatório de determinada concessionária

sobre os consumidores de outros entes da federação. Manifestação pela improcedência do pedido" (e-doc. 31).

6. O Procurador-Geral da República manifestou-se pela improcedência do pedido, nos seguintes termos:

"Ação direta de inconstitucionalidade. Exploração de loterias. Art. 35-A, §§ 2º e 4º, da Lei n. 13.756, de 12.12.2018, com a redação da Lei n. 14.790, de 29.12.2023.

Dispositivos que restringem a participação de pessoas jurídicas em serviço de loteria e que vedam a publicidade em unidade da Federação diversa daquela em que se dá a exploração.

Competência da União para disciplinar o sistema de loterias, o fomento e o planejamento da atividade econômica e o regime geral das concessões e permissões de serviços públicos (arts. 22, XX, 174, caput, e 175). Regras impugnadas que se inserem no domínio da liberdade de conformação do legislador, sem hostilizar a isonomia nem a proteção devida ao consumidor.

Parecer pela improcedência do pedido" (e-doc. 42).

7. Em 23.10.2024, o Ministro Relator deferiu a medida cautelar, nos seguintes termos:

"Ex positis, com fundamento no art. 10 da Lei nº 9.868/1999, DEFIRO A MEDIDA CAUTELAR requerida, ad referendum do Plenário, determinando a suspensão da eficácia 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 artigo 35-A, até a conclusão do julgamento de mérito da presente ação direta" (e-doc. 48).

8. O julgamento da presente ação teve início no Plenário Virtual, na sessão de 18.10.2024 a 25.10.2024, tendo o Relator, Ministro Luiz Fux, julgado parcialmente procedente *"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 artigo 35-*

A''.

Na sessão virtual de 4.4.2025 a 11.4.2025, os Ministros Gilmar Mendes, Flávio Dino, Dias Toffoli e Alexandre de Moraes acompanharam o Relator com ressalvas.

Formulei pedido de vista dos autos para melhor análise da matéria.

Mérito

9. Nos termos do inc. XX do art. 22 da Constituição da República, compete privativamente à União legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios.

Em reiterados julgamentos, este Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de leis estaduais que dispunham sobre serviço de loterias e jogos de bingo por descumprimento do inc. XX do art. 22 da Constituição da República, formalizando-se na Súmula Vinculante n. 2:

“É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias”.

10. A competência privativa da União apenas para legislar sobre a matéria não afasta a competência material dos Estados de explorar os serviços públicos de loteria.

O serviço público de atividade lotérica não está incluído no rol do art. 21 da Constituição da República, do que se depreende não ser serviço entregue à atuação exclusiva da União.

No julgamento conjunto das ADPFs ns. 492 e 493 e ADI n. 4.986, este Supremo Tribunal Federal realçou a distinção entre competência

privativa para legislar e competência administrativa para explorar determinado serviço público:

“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 Fundamental conhecidas e julgadas procedentes. Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida e julgada improcedente” (Relator o Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJe 15.12.2020).

11. A norma impugnada estabelece:

“Lei n. 13.756/2018

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 (...).

§ 2º Ao mesmo grupo econômico ou pessoa jurídica será permitida apenas 1 (uma) única concessão e em apenas 1 (um) Estado ou no Distrito Federal (...)

§ 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”.

Pelo art. 175 da Constituição da República, incumbe ao Poder Público a prestação de serviços públicos, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação.

O § 2º do art. 35-A da Lei n. 13.756/2018 limita a atuação das concessionárias de serviço público de atividade lotérica a uma única concessão e a apenas um Estado.

Aquela limitação mostra-se incompatível com os princípios da livre

concorrência e da proteção do consumidor, na medida em que restringe a ampla participação e a concorrência entre os participantes do processo licitatório, o que pode comprometer a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, em prejuízo aos Estados e aos usuários do serviço público.

12. Este Supremo Tribunal Federal assentou que “*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 essenciais*” (RE n. 1.054.110/SP, Relator o Ministro Luís Roberto Barroso, Plenário, DJe 6.9.2019).

Compete à União, no exercício de sua competência privativa, estabelecer normas gerais sobre o serviço público de loteria, incluída eventuais limitações, desde que adequadas, necessárias e razoáveis, o que não ocorre na espécie.

13. Sobre a restrição imposta à veiculação de publicidade de loteria “*às pessoas fisicamente localizadas nos limites de suas circunscrições ou àquelas domiciliadas na sua territorialidade*” (§ 4º do art. 35-A da Lei n. 13.756/2018), a norma não atende aos critérios de adequação, necessidade e razoabilidade.

Com a limitação territorial imposta à comercialização dos serviços lotéricos, que obsta a disputa e as práticas predatórias, não subsiste justificativa a embasar a restrição da publicidade.

14. Pelo exposto, **acompanho o entendimento adotado no voto do Ministro Relator, com a ressalva apresentada pelo Ministro Gilmar Mendes.**