



Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Gab. Presidência

PROCESSO: 1033391-21.2024.4.01.0000

PROCESSO REFERÊNCIA: 1077963-47.2024.4.01.3400

CLASSE: SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA (11555)

POLO ATIVO: UNIÃO FEDERAL

POLO PASSIVO: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL - DF

DECISÃO

Trata-se de pedido de SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA em face de decisão proferida pelo Juízo da 8ª Vara Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal, que determinou a “suspensão dos efeitos da Portaria SPA/MF n. 1.225/2024, da Portaria SPA/MF n. 1.231/2024 e da Portaria SPA/MF n. 1.475/2024, nas previsões incompatíveis com o Edital de Credenciamento n. 001/2023/LOTÉRJ (e seus consectários) e/ou restritivas à ampla exploração da atividade, assegurada à autarquia e aos credenciados o amplo e irrestrito direito à exploração de apostas de quota fixa em ambiente online e virtual, nos termos do seu Edital e seguindo o seu critério para aferição de territorialidade – ‘expressa declaração e anuência do apostador, que a efetivação das apostas online sempre será considerada realizada no território do Estado do Rio de Janeiro, para todos os efeitos e finalidades, inclusive fiscais e legais’ -, sem a obrigatoriedade de credenciamento cumulativo junto à União e não se sujeitando a restrições de publicidade ou de patrocínio a equipes desportivas nacionais, ou em eventos com divulgação nacional, tampouco ao bloqueio de sites e outras medidas penalizadoras”.

Argumenta que a decisão é apta a causar grave lesão à ordem e economia públicas por: “(i) desconsiderar a impossibilidade de o Poder Judiciário interferir no âmbito do exercício legítimo e fundamentado de competência do Poder Executivo e, ao mesmo tempo, (ii) criar um cenário que compromete a efetividade da fiscalização da modalidade lotérica aposta de quota fixa, com severos impactos à população brasileira e ao equilíbrio do pacto federativo”. Não se desconhece o entendimento firmado pelo STF no julgamento conjunto das ADPFs 492 e 493 e ADI 4.986, sobre a competência para exploração de loterias por Estados membros, no entanto, “o magistrado ignora que a União, além da competência legislativa nacional, também possui competência material para exploração dos serviços lotéricos, da mesma forma que os demais entes federados”. Nessa linha, “é necessário diferenciar a outorga para exploração de apostas de quota fixa em âmbito nacional da hipótese de exploração de apostas de quota fixa em território circunscrito a um Estado membro”. As leis estipulam que “a outorga para

exploração de apostas de quota fixa depende de autorização federal, na qual o Ministério da Fazenda será responsável pela regulação, autorização e fiscalização de toda pessoa jurídica que pretender tornar-se agente operador de apostas de quota fixa em âmbito nacional”. Nos termos do art. 11 da Lei 13.756/2018, “a autorização somente será expedida se, após o exame da documentação e a avaliação da capacidade técnica e financeira da pessoa jurídica requerente e da reputação e conhecimento de seus controladores e administradores, o Ministério da Fazenda concluir pelo atendimento de todos os requisitos legais e regulamentares”. Portanto, as contestadas portarias do Ministério da Fazenda se destinaram “precipuamente às hipóteses de regulação, autorização e fiscalização do agente operador de apostas de quota fixa em âmbito nacional. A competência normativa exercida pela União ocorre, portanto, no aspecto regulamentar de sua própria competência material e não somente na competência privativa de legislar”. Ademais, “a exploração de apostas de quota fixa em âmbito nacional somente” poderia “ser exercida pela União, considerando a predominância do interesse nacional”. A Portaria SPA n. 1.231/2024 (“estabelece regras e diretrizes para o jogo responsável e para as ações de comunicação, de publicidade e propaganda e de marketing, e regulamenta os direitos e deveres de apostadores e de agentes operadores”) “não se restringe aos limites da publicidade dos operadores de apostas de cota fixa (...), mas traz regras que visam, sobretudo, proteger o consumidor”. Seu principal objetivo é “monitorar e prevenir o jogo patológico” (“Art. 5º [...] I – ações e campanhas educativas; II – política de comunicação com o apostador sobre jogo responsável, incluindo informação sobre a periodicidade da comunicação; III – ferramentas analíticas e metodologia de classificação e análise de dados para acompanhar e avaliar os perfis de risco de dependência de apostadores, de transtornos do jogo patológico e de outros problemas associados ao jogo; IV – regras e canais de uso dos mecanismos de prevenção de dependência de apostadores e de transtornos do jogo patológico; e V) formas de atendimento a apostadores que necessitem de ajuda relacionada à dependência e aos transtornos do jogo patológico”).

Em seguida, argumenta a União que “a imprensa vem divulgando situações que assolam a nossa sociedade em torno do jogo patológico vinculado ao vício em apostas de quota fixa”. Da literatura acadêmica, extrai, especialmente, texto (de Marciano Seabra de Godoi) que se reporta “ao expressivo crescimento do mercado das plataformas de apostas on-line, cujo público consumidor preferencial é jovem, do sexo masculino e de baixa renda, já tendo sido constatado o fenômeno de substituição de poupança e gastos das famílias com consumo nos estabelecimentos varejistas por gastos com apostas on-line. / Os resultados dessas pesquisas parecem confirmados pela realidade dos consultórios e clínicas de atendimento psicológico e psiquiátrico, cujos profissionais atestam uma procura cada vez maior, especialmente pelo público jovem, por atendimento médico relacionado a ansiedade e compulsões decorrentes da prática das apostas on –line”. As medidas instituídas pelo Ministério da Fazenda visam “coibir o endividamento dos consumidores. Assim como em relação ao jogo patológico, são inúmeras as notícias que indicam o endividamento da população brasileira em face da disseminação de apostas de quotas fixas”. Em face dessa realidade, a Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo chegou a propor ADI “com o objetivo de ver declarada a inconstitucionalidade integral da Lei n. 14.790, de 2023, sob o argumento de que a referida lei gerou um prejuízo considerável para a economia doméstica, o comércio varejistas e o desenvolvimento social, além do impacto na saúde pública, com conseqüências negativas na saúde mental da população”.

Vale o destaque de outras ponderações: “a Portaria SPA n. 1.231, de 2024, traz normas que buscam proteger as crianças e os adolescentes das apostas de quota fixa, trazendo, dentre outras medidas, a vedação de apostas por pessoas menores de 18 (dezoito) e publicidade e propaganda por crianças e adolescentes”; a vingar o entendimento combatido, haverá prejuízo para “o planejamento e exercício de uma política pública que busca preservar toda a população brasileira em diversos aspectos, como de saúde mental, direito do consumidor, dignidade das crianças e adolescentes, concorrência de mercado responsável”; “o incremento de risco de LD/FTP em jogo, portanto, seria potencialmente mais que nacional; chegaria a ser global! No limite, estaria praticamente aberto o flanco, como pontuado a montante, para que, em típico contexto do que se denomina ‘arbitragem regulatória’, infratores de qualquer parte do mundo interessados em regulação local que considerassem preferível para seus propósitos espúrios, buscassem esse ou aquele Estado brasileiro como ‘paraíso’ para a estruturação de práticas ilícitas oriundas de outros países” (trecho da Nota Técnica SEI n. 53/2024/COAF “sobre os riscos advindos do critério fictício de territorialidade”); a questão não pode ser examinada “somente pela perspectiva econômica, mas principalmente, sobre os riscos sociais da exploração e o possível incremento à lavagem de dinheiro e de financiamento do terrorismo e da proliferação de armas de destruição em massa”; há “efeitos sistêmicos que culminam no comprometimento da implementação de políticas públicas que são necessárias à mitigação dos riscos da prática do jogo a toda sociedade”; “o Banco Central divulgou uma análise técnica sobre o mercado de apostas online no Brasil e o perfil dos apostadores, informando que somente em agosto de 2024 foram transferidos R\$ 3 bilhões na forma de pagamento Pix para as plataformas digitais de jogos e apostas. Como se nota, as consequências geradas pela decisão têm o condão de afetar sensivelmente o bem-estar financeiro da população”; “o impacto social, como se nota, é evidente: famílias em situação de vulnerabilidade financeira estão entre as mais prejudicadas pela atividade das apostas online”.

Decido.

De acordo com o critério material, defendido nos primórdios da doutrina por Léon Duguit, a essência ou natureza do serviço público está na finalidade, própria a certas atividades, de manter a interdependência ou solidariedade social. Se uma lei atribui expressamente o caráter de serviço público a determinada atividade, o juiz será obrigado a aplicar a disposição legislativa. Mas disso não resulta que na realidade seja um serviço público; e a realidade prevalecerá cedo ou tarde sobre a decisão arbitrária do legislador (DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. 3 ed. Paris: Fontemoing, 1927, p. 74). Destoando dessa opinião, Gaston Jèze entendia que serviço público é criação artificial do legislador, que, sozinho, pode atribuir a determinada atividade o interesse geral e, conseqüentemente, regime jurídico especial. Exemplo disso, por muito tempo, os serviços religiosos foram tratados como serviço público. (JÈZE, Gaston. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. tradução de Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1949, p. 18 e 105).

A crítica feita a Léon Duguit, justamente por seu discípulo mais ilustre na chamada Escola de Bordeaux, é o suposto desvio para critério sociológico ou político – *atividade indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social* – na conceituação de serviço público, caminho considerado impróprio para o jurista. Ao jurista seria de se esperar concepção de serviço público baseada tão somente no regime jurídico da atividade (critério formal).

O reflexo dessa discussão, na doutrina brasileira, pode ser verificado quando Hely Lopes Meirelles argumenta que não haveria, fora da generalidade, como indicar as atividades que constituem *serviço público*, porque variam segundo as exigências de cada cultura. Ao afirmar que são atividades coletivas *vitais*, verificar-se-á que algumas sabidamente dispensáveis pela comunidade são realizadas pelo Estado como *serviços públicos*. Cita como exemplo de serviços públicos dispensáveis pela coletividade, mas prestados pelo Estado, “os jogos em cassino, como o de Monte Carlo, no Principado de Mônaco, e, entre nós, a Loteria Mineira, a Loteria Federal e a Loteria Esportiva” (*Direito Administrativo Brasileiro*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 294-295). Concorde Celso Antônio Bandeira de Mello que a Constituição não define, precisamente, o que sejam *atividades econômicas* em sentido estrito (distintas de *serviço público*). Remanesce, em consequência, “ao legislador ordinário um largo campo para qualificar certas atividades como *serviços públicos*, no que indiretamente gizará, por exclusão, a área configurada como *atividades econômicas*. Mas acrescenta: “A despeito desta larga margem de liberdade, não há, para o legislador, liberdade absoluta. À falta de uma definição constitucional, há de se entender que o constituinte se remeteu ao sentido comum da expressão, isto é, ao prevalente ao lume dos padrões de cultura de uma época, das convicções predominantes na sociedade” (*Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. 2 ed. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 22).

A concepção material de serviço público – “serviço existencial, relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado” (*Princípios de Direitos Administrativo Brasileiro*. 3 ed. Porto Alegre: Sulina, 1954, p. 84) - ganha mais forte coloração com a teoria dos direitos fundamentais. Os interesses essenciais suscetíveis de inspirar a instituição de serviços públicos para promovê-los e protegê-los, estão sintetizados nos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição. Noutra versão, de Jorge Luis Salomoni (*Teoría General de los Servicios Públicos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999), à luz da Constituição argentina, os interesses fundamentais abrangem, além dos *direitos humanos*, a *cláusula de progresso*, em virtude da qual cabe ao Estado a realização da infraestrutura necessária ao desenvolvimento econômico e social.

De acordo com essa concepção baseada nos direitos fundamentais, é difícil admitir que a loteria constitua serviço público ou, pelo menos, que o seja em sentido próprio. Consoante já tive oportunidade de escrever em trabalho publicado (*Direito Administrativo: Da Rigidez Autoritária à Flexibilidade Democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 449-451), no caso paradigmático da jurisprudência francesa, o transporte de tabaco, cuja produção e comercialização era monopólio estatal, foi considerado serviço público para efeito de firmar-se a responsabilidade extracontratual da administração e, de consequência, o conteúdo da competência do Conselho de Estado e do direito administrativo. Sem entrar na discussão quanto às circunstâncias históricas em conexão com os fundamentos desse célebre julgado, a produção de fumo, bem a propósito, pode ser tomada como exemplo para evidenciar as várias ordens de interesses que prevalecem na sociedade. Na produção de fumo, há, por parte das empresas, o interesse do lucro. Há o interesse individual dos fumantes em satisfazer ao vício, quando não simplesmente o de estar na moda. O Estado tem interesse na exportação para a formação de reservas cambiais e na arrecadação de tributos destinados ao atendimento de necessidades públicas, sendo a produção e comercialização de cigarros, no Brasil, uma das principais fontes de arrecadação do imposto sobre produtos industrializados e do imposto sobre a circulação de mercadorias

e serviços. A sociedade tem interesse na criação e manutenção de postos de trabalho na indústria e no comércio de cigarros. Os serviços de saúde, os de proteção do meio ambiente e as entidades previdenciárias, naturalmente, defendem interesses incompatíveis com o tabagismo. O Estado quando assume a exploração do fumo tem em vista, sabendo que uma proibição total seria ineficaz, o interesse em conter o consumo de cigarros dentro de limites toleráveis. O último interesse é que desponta, efetivamente, como interesse público essencial. Os demais são interesses intermediários, subsidiários, que só prevalecem na impossibilidade de atingir-se a total erradicação do tabagismo, que seria o ideal máximo para proteger o direito fundamental à vida, em que se inclui o direito à saúde. Idêntica justificativa serve para o monopólio estatal do jogo ou da produção e comércio de bebidas alcoólicas. É uma atividade de controle, que, por isso, ajusta-se mais à classificação como *polícia administrativa* que *serviço público*.

Mutatis mutandi, o raciocínio se aplica à loteria.

Ainda que concebida como serviço público de competência estadual, não se dispensa o controle federal da atividade, sem o qual há, efetivamente, risco para a ordem pública.

No mínimo, a questão deve ser mais bem debatida.

Por isso, defiro o pedido de suspensão até que seja julgado o agravo de instrumento.

Comunique-se ao Juízo de origem, **com urgência**.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília/DF, na data da assinatura eletrônica.

Desembargador Federal **JOÃO BATISTA MOREIRA**
Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Assinado eletronicamente por: JOAO BATISTA GOMES MOREIRA

05/10/2024 14:20:06

<https://pje2g.trf1.jus.br:443/consultapublica/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>

ID do documento:



24100514200683800000

IMPRIMIR

GERAR PDF