

EMENTA: AÇÃO DIRETA. MEDIDA CAUTELAR. REFERENDO. LOTERIAS ESTADUAIS. RESTRIÇÕES À ORGANIZAÇÃO DOS SERVIÇOS LOTÉRICOS E À PUBLICIDADE DA ATIVIDADE. AUTONOMIA ADMINISTRATIVA E FISCAL DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL.

I - CASO EM APREÇO

1. Insurgem-se os Governadores contra as normas editadas pela União que, dispondo sobre loterias estaduais, (i) proíbem a mesma empresa ou grupo econômico de explorarem serviços lotéricos em mais de um Estado; e (ii) proíbem a veiculação de publicidade das loterias em território de outro ente federativo (estadual ou distrital).

II - A QUESTÃO EM APREÇO

2. Busca-se saber se o regime jurídico das loterias estaduais criado pela União teria invadido a esfera de competências materiais dos Estados e do Distrito Federal, especialmente sua **autonomia administrativa** para organizar os serviços públicos de sua competência e **autonomia fiscal** para utilizar os meios lícitos de financiamento das atividades estatais.

III - RAZÕES DE DECIDIR

3. Os serviços de loteria ostentam a natureza jurídica de **serviço público**, cuja prestação não se submete a regime de monopólio da União. Compete aos Estados e ao Distrito Federal, como expressão de seus poderes residuais (CF, art. 25 e 32), a exploração, direta ou indireta, dos serviços de loteria, em conformidade com as normas editadas pela União (CF, art. 22, XX).

Precedentes (ADPFs 492 e 493 e da ADI 4.986).

4. No exercício de suas competências legislativas, a União deve observar o princípio federativo, inclusive em matéria de sistemas de sorteios (CF, art. 20, XX), abstendo-se, desse modo, de intervenções irrazoáveis ou indevidas no domínio reservado à autonomia administrativa e fiscal dos Estados e do Distrito Federal.

5. A restrição legal à atuação das empresas prestadoras de serviços de loteria **em mais de um** Estado viola o princípio da proporcionalidade sob a perspectiva da **necessidade**. Se tal limitação, segundo as informações legislativas, objetiva impedir a formação indevida de monopólios e oligopólios, **o mesmo resultado pode ser obtido, com menor intensidade de limitação de direitos**, mediante colaboração dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (CADE e SAE), aos quais compete a prevenção e a repressão contra as práticas de abuso econômico. **Ressalva, no ponto, em relação ao voto do Relator, cujos fundamentos interditam a limitação, “in abstracto”, da competência material dos Estados e do Distrito Federal para organizarem a prestação dos seus serviços públicos.**

6. A proibição da publicidade das loterias

em território de outros Estados também sucumbe a um juízo de proporcionalidade, por carência de adequação, necessidade e razoabilidade. Se a legislação federal **já obsta** as lotéricas estaduais de venderem seus serviços a consumidores domiciliados em território diverso, essa vedação, por si só, inviabiliza comportamentos predatórios de uma concessionária sobre o público de outra. A publicidade transregional em nada prejudica os serviços locais, pois os apostadores de uma determinada região não podem consumir o serviço oferecido aliunde.

IV - DISPOSITIVO

7. Acompanhamento o Relator, **com ressalva** (item nº 2 deste voto), referendando a liminar.

VOTO (ACOMPANHAMENTO COM RESSALVA)

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelos GOVERNADORES DOS ESTADOS DE SÃO PAULO, MINAS GERAIS, ACRE, MATO GROSSO DO SUL, RIO DE JANEIRO E DO DISTRITO FEDERAL, tendo por objeto o § 2º e a expressão “*publicidade*” constante do § 4º do art. 35-A da Lei Federal nº 13.756/2018 (na redação dada pela Lei Federal nº 14.790/2023), que dispõem sobre a exploração de loterias pelos Estados e Distrito Federal.

Eis o teor dos dispositivos legais impugnados:

Lei Federal nº 13.756/2018

.....

Art. 35-A. (...)

.....
§ 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.** (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)

As normas impugnadas possuem o seguinte conteúdo normativo:

- (i) proíbem o mesmo grupo econômico ou pessoa jurídica de obter concessão para explorar serviços lotéricos em mais de um Estado ou além do Distrito Federal; e
- (ii) proíbem a veiculação de publicidade das loterias em território de outro ente federativo (estadual ou distrital) além daquele onde são prestados os serviços.

Sustenta-se, em síntese, que as normas questionadas desrespeitam (i) o pacto federativo e o objetivo fundamental de redução da desigualdade regional (CF, arts. 1º, “*caput*”, e 3º, III); (ii) o princípio da igualdade (CF, art. 5º, “*caput*”); (iii) a proibição dos Poderes Públicos criarem diferenças entre brasileiros ou preferências entre si (CF, art. 19, III); (iv) a competência dos Estados para explorar serviços públicos estaduais (CF, art. 25, § 1º); (v) a igualdade de condições a todos os concorrentes no processo de licitação pública (CF, art. 37, XXI); (vi) os princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor (CF, art. 170, IV e V); e (vii) a autonomia dos entes federados para organizar a prestação dos serviços públicos de sua competência (CF, art. 175).

Segundo os autores, o STF reconheceu aos Estados e ao DF competência para explorar os serviços públicos de loteria (ADI 4.986 e ADPF 492 e 493, todas da relatoria do Min. Gilmar Mendes, j. 30.9.2020), de modo que as restrições impostas pela legislação federal interferem na autonomia dos entes subnacionais.

Afirmam que a limitação da atividade das empresas concessionárias a apenas uma única unidade federativa impede o acesso dos Estados economicamente menos desenvolvidos à contratação das empresas mais qualificadas, pois, havendo de escolher apenas um território, os grandes grupos econômicos escolherão apenas os Estados mais lucrativos. Aos demais, restariam somente os licitantes menos competitivos.

Por fim, aduzem que a proibição da veiculação de publicidade em mais de um Estado impede o patrocínio do esporte e da cultura, pois os eventos esportivos e culturais de caráter profissional tendem a atingir grandes audiências, em escala nacional.

Na sessão de julgamento virtual iniciada em 10.8.2024, o Ministro Relator, Luiz Fux, propôs a procedência integral do pedido, em voto assim ementado:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. FEDERAÇÃO. EXPLORAÇÃO DE SERVIÇOS LOTÉRICOS PELOS ESTADOS-MEMBROS. RESTRIÇÕES PREVISTAS EM LEI FEDERAL. LIMITAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS E GRUPOS ECONÔMICOS EM CONCORRÊNCIAS PARA A CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS DE CONCESSÃO. LIMITAÇÕES GEOGRÁFICAS À PUBLICIDADE. ALEGADAS OFENSAS AO PRINCÍPIO FEDERATIVO E AOS PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA E DA LIVRE CONCORRÊNCIA. OCORRÊNCIA. COMPETÊNCIA MATERIAL DOS ESTADOS RECONHECIDA NO JULGAMENTO DAS ADPF'S 492 E 493. LIMITAÇÃO EM LEI FEDERAL QUE DEVE OBSERVAR A REGRA DA PROPORCIONALIDADE E GARANTIR A IGUALDADE ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS.

AUTONOMIA FINANCEIRA DOS ESTADOS QUE NÃO ADMITE RESTRIÇÃO INJUSTIFICADA. MEDIDA RESTRITIVA QUE GERA CENÁRIO DESVANTAJOSO NA CELEBRAÇÃO DE CONCESSÕES PARA ESTADOS MENORES E SEUS USUÁRIOS/CONSUMIDORES. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE QUE SE JULGA PROCEDENTE.

I - CASO EM EXAME.

1. Ação que tem como objeto dispositivos da Lei Federal nº 13.756/2018 que impõem restrições à exploração de serviços lotéricos pelos Estados-membros. Alegadas ofensas aos princípios federativo, da livre iniciativa e da livre concorrência.

II - RAZÕES DE DECIDIR.

2. Os Estados-membros têm competência material para a exploração dos serviços públicos de loterias, inobstante a União detenha a competência legislativa privativa para a matéria. Precedentes (ADPF's 492 e 493 e ADI 4.986).

3. A União, no exercício de sua competência legislativa privativa sobre o serviço de loterias, 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.

4. A bipartição doutrinária dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações, conquanto seja útil para realçar os problemas teóricos e práticos inerentes à atividade de adjudicação dos direitos a prestações, não elide circunstância, aclarada pela doutrina mais moderna e já antecipada pela análise econômica do direito, de que a implementação de todo e qualquer direito fundamental demanda do Estado o dispêndio de recursos financeiros, eis que também a proteção suficiente das liberdades públicas demanda no mínimo a manutenção de um aparato judicial e policial eficiente, a ser custeado pelo tesouro público (HOLMES,

Stephen; SUNSTEIN, Cass R. O Custo dos Direitos - porque a liberdade depende dos impostos, São Paulo: Martins Fontes, 2019).

5. A Constituição impõe aos Estados-membros uma série de competências materiais relacionadas à garantia e ao fomento de direitos fundamentais, razão pela qual devem ser garantidos a estes entes federativos, em contrapartida, os meios necessários e constitucionalmente legítimos para a obtenção de recursos financeiros correspondentes, não podendo a União, destarte, opor obstáculos legislativos irrazoáveis à utilização de meios alternativos de financiamento dos Estados, sob pena de ofensa ao federalismo fiscal e à autonomia financeira dos Estados.

6. 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. 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, até os dias atuais (ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. Por que as nações fracassam – As origens do poder, da prosperidade e da pobreza, 1ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2012).

7. À luz dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, fundamentos da ordem econômica constitucional, o exercício de atividades econômicas por particulares deve ser protegido da coerção arbitrária do Estado, cabendo a este Supremo Tribunal Federal verificar, 2 em última instância, a razoabilidade e a proporcionalidade de restrições desta natureza impostas pelo legislador.

8. A restrição à celebração de contratos de concessão de serviços lotéricos por empresas ou grupos econômicos em mais de um Estado-membro não encontra amparo na Constituição, eis que incapaz de ser sustentada à luz de um juízo de proporcionalidade, uma vez que submete os Estados de menor população à celebração de contratos de concessão com

empresas tendencialmente menos qualificadas, com maiores custos de tarifa para os consumidores finais e com menores retornos financeiros diretos para o Estado concedente, frustrando os objetivos da Lei de Concessões (Lei nº 8.987/1995) revelados nos critérios de julgamento das respectivas licitações.

9. A contratação de um número maior de empresas em um determinado mercado globalmente considerado não é suficiente para que se justifiquem restrições ao princípio constitucional da livre iniciativa, porquanto o direito concorrencial visa, sobretudo, à maximização do bem-estar do consumidor (consumer welfare), mediante a redução dos preços (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).

10. A lógica do Estado federal conduz à conclusão que as unidades federativas não devam se inserir em uma disputa fratricida por recursos financeiros, de sorte que se revelam naturais e plenamente justificadas disposições que impedem que um Estado comercialize serviços lotéricos a pessoas fisicamente localizadas no território de outro e que vedam a exploração multijurisdicional destes serviços.

11. Uma vez vedada a comercialização, tanto física quanto digital, de serviços lotéricos por um Estado a pessoas localizadas fisicamente em outra unidade da federação, não subsiste justificativa válida para que os Estados sejam alijados de adotar estratégias publicitárias extraterritoriais, próprias de uma realidade de ampla difusão dos meios comunicação, tais como a realização de ações de marketing em geral em eventos esportivos ou o patrocínio de atletas ou equipes esportivas, qualquer que seja o local físico das competições.

III - DISPOSITIVO E TESE.

12. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE QUE SE JULGA PROCEDENTE.

TESE DE JULGAMENTO: É inconstitucional o §2º do art. 35-A da Lei Federal nº 13.756/2018 (incluído pela Lei Federal nº

14.790/2023) e a expressão “publicidade”, constante do §4º do mesmo artigo 35-A.

Em sequência, **o julgamento do mérito** foi interrompido por pedido de vista do Min. Gilmar Mendes, realizado em 18.10.2024.

Logo após, em 23.10.2024, o eminente Relator, **concedeu medida cautelar, ad referendum do Plenário**, para suspender a eficácia dos dispositivos impugnados, em decisão assim ementada:

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. FEDERAÇÃO. EXPLORAÇÃO DE SERVIÇOS LOTÉRICOS PELOS ESTADOS-MEMBROS. RESTRIÇÕES PREVISTAS EM LEI FEDERAL. LIMITAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS E GRUPOS ECONÔMICOS EM CONCORRÊNCIAS PARA A CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS DE CONCESSÃO. LIMITAÇÕES GEOGRÁFICAS À PUBLICIDADE. ALEGADAS OFENSAS AO PRINCÍPIO FEDERATIVO E AOS PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA E DA LIVRE CONCORRÊNCIA. FUMUS BONI IURIS. COMPETÊNCIA MATERIAL DOS ESTADOS RECONHECIDA NO JULGAMENTO DAS ADPF'S 492 E 493. LIMITAÇÃO EM LEI FEDERAL QUE DEVE OBSERVAR A REGRA DA PROPORCIONALIDADE E GARANTIR A IGUALDADE ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. AUTONOMIA FINANCEIRA DOS ESTADOS QUE NÃO ADMITE RESTRIÇÃO INJUSTIFICADA. MEDIDA RESTRITIVA QUE GERA CENÁRIO DESVANTAJOSO NA CELEBRAÇÃO DE CONCESSÕES PARA ESTADOS MENORES E SEUS USUÁRIOS E CONSUMIDORES. PERICULUM IN MORA. IMINÊNCIA DA REALIZAÇÃO DE LEILÃO EM CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL ESTRUTURADA POR ESTADO MEMBRO. RISCO DE DIMINUIÇÃO DO POTENCIAL ARRECADATÓRIO. PREJUÍZO AO FINANCIAMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA, AD

REFERENDUM DO PLENÁRIO, PARA DETERMINAR 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.

Ante o relevo do caso, formulei pedido de vista, para análise aprofundada da controvérsia.

Passo, desse modo, ao exame do referendo.

1. COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE LOTERIAS

Antes de mais nada, cabe esclarecer que o papel do Estado em matéria de loterias compreende, de um lado, a competência privativa da União para **legislar sobre a matéria**; e, de outro, a competência administrativa comum da União, dos Estados e do Distrito Federal para **explorar economicamente a atividade**.

No plano legislativo, a Constituição outorgou à União, com absoluta privatividade, a competência para dispor sobre **sistemas de sorteios** (CF, art. 22, XX). Em inúmeros precedentes, esta Casa julgou incompatível com a Constituição a regulamentação pelos Estados-membros da exploração de bingos ou de loterias em seus territórios. Sobre o tema foi editada a **Súmula Vinculante nº 2/STF**, que possui o seguinte teor:

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

Não se deve confundir, no entanto, a competência privativa da União para legislar sobre a matéria com eventual monopólio federal sobre a exploração dos serviços de loteria.

Nesse ponto, restou assentado, no julgamento conjunto das ADPFs

492 e 493 e da ADI 4.986, que os serviços de loteria possuem a natureza jurídica de **serviço público, cuja prestação não se submete a regime de monopólio da União**. Reconheceu-se, ainda, aos Estados e ao Distrito Federal, como expressão de seus poderes residuais (CF, art. 25 e 32), a possibilidade de exploração, direta ou indireta, dos serviços de loteria, desde que em conformidade com as normas editadas pela União:

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.

(ADPF 492, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 30-09-2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-292 DIVULG 14-12-2020 PUBLIC 15-12-2020)

Na linha desse precedente, a competência privativa da União para legislar sobre sistemas sorteios e loterias (CF, art. 22, XX) não exclui a competência material dos Estados e do Distrito Federal para explorar economicamente a atividade lotérica. A legislação estadual ou distrital, no entanto, deve ater-se à regulamentação da prestação do serviço em sua respectiva esfera territorial, jamais inovar na matéria. **Cabe apenas à União criar novas modalidades de serviços lotéricos suscetíveis de exploração econômica.**

Observada, desse modo, no plano formal, a competência legislativa da União para dispor sobre loterias (CF, art. 22, XX), cabe analisar se o teor das normas impugnadas teria desrespeitado a autonomia dos Estados e do Distrito Federal quanto à organização dos seus serviços públicos (CF, art. 175).

2. A VEDAÇÃO À CONTRATAÇÃO DA MESMA CONCESSIONÁRIA EM MAIS DE UMA UNIDADE FEDERATIVA (ESTADUAL OU DISTRITAL)

A autora impugna, inicialmente, a norma segundo a qual cada grupo econômico ou pessoa jurídica somente pode atuar em **uma única concessão** lotérica em apenas **um único Estado-membro ou no Distrito Federal** (Lei Federal nº 13.756/2018, art. 35-A).

Em seu voto, o eminente Relator, acolhendo o pedido de inconstitucionalidade, enfatiza que *“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 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”*.

Concordo, em parte, com os fundamentos invocados pelo Relator.

De fato, no exercício de suas competências legislativas, a União deve observar o princípio federativo, inclusive em matéria de sistemas de sorteios (CF, art. 20, XX), abstendo-se, desse modo, de intervir indevidamente no domínio reservado à autonomia administrativa dos Estados e do Distrito Federal.

Eventuais restrições legislativas ao modo como os Estados e o Distrito Federal estruturam, administrativamente, a prestação do serviços públicos de sua competência — tal como ocorre como os serviços de loteria —, somente se legitimam, **excepcionalmente**, quando tais limitações se mostrarem necessárias à promoção de relevantes interesses sociais ou à defesa de direitos fundamentais dos cidadãos.

Segundo a União, a restrição constante do § 2º do art. 35-A da Lei nº 13.756/2018 *“objetivou preservar o equilíbrio competitivo, evitando 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 estaduais economicamente menos favorecidos”*. Como se vê, a restrição à autonomia federativa e à liberdade de iniciativa objetivou assegurar a defesa dos

interesses dos consumidores. Tem-se, daí, **aparente conflito** entre valores de estatura constitucional.

Deve-se ponderar, desse modo, (a) **sob o prisma da adequação**, se a restrição da atuação das concessionárias a apenas uma unidade federativa contribuirá efetivamente para a defesa dos direitos e interesses dos consumidores; (b) **pelo enfoque da necessidade**, se a limitação em apreço é a opção menos invasiva de se atingir o objetivo pretendido; e por fim, (c) **à luz da razoabilidade ou da proporcionalidade em sentido estrito**, se a intensidade da mitigação da livre iniciativa e da autonomia federativa se mostra justificável diante do proveito obtido em favor da proteção dos consumidores.

Sobre esse aspecto, o Relator entende, à luz de um juízo de proporcionalidade, **não existir relação de adequação** entre a restrição imposta pela União (limitação do âmbito de atuação das concessionárias) e a finalidade pretendida pela Lei (proteção do consumidor). Em seu voto, Sua Excelência enfatiza a existência de correlação inversa entre as duas premissas, pois, segundo entende, quanto maior a restrição ao número de licitantes, menor a qualidade do serviço contratado, com prejuízo aos respectivos usuários.

Com as devidas vênias, discordo do eminente Relator. **Considero real e concreta** a possibilidade de uma mesma sociedade ou grupo empresarial, investidos de grande poder econômico, adjudicarem todas ou a grande parte das concessões e, valendo-se de posição dominante no mercado, exercerem práticas econômicas abusivas e prejudiciais aos usuários e aos consumidores.

Reconheço, portanto, **a existência de uma clara relação de adequação** entre a restrição do alcance da atuação das concessionárias de serviços lotéricos e a proteção dos consumidores contra o abuso econômico.

Sob o enfoque da necessidade, contudo, entendo que a limitação da atividade das concessionárias de serviços de loteria a uma única entidade da Federação (estadual ou distrital) constitui medida impregnada de elevado coeficiente restritivo, excessivamente invasiva à autonomia

federativa e à liberdade de iniciativa, revelando-se, por isso mesmo, desproporcional em relação a outras alternativas disponíveis muito menos interventivas, revestidas de plena eficácia para a proteção da livre concorrência e dos consumidores.

Com efeito, a defesa dos consumidores em face de comportamentos anticompetitivos — como a formação de cartéis, monopólios ou oligopólios — é realizada no Brasil sob o amparo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

A estrutura administrativa do SBDC, nos termos da chamada Lei Antitruste (Lei nº 12.529/2011), é formada pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) e pela SAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico, Advocacia da Concorrência e Competitividade).

A Lei Antitruste brasileira consagrou três funções essenciais aos órgãos de defesa da concorrência: (a) **a função preventiva**, por meio do controle prévio dos atos de concentração; (b) **a função repressiva**, mediante punição das condutas anticompetitivas; e (c) **a função educativa ou dialógica**, mais conhecida como *advocacia da concorrência* (advocacy).

Assim, ao lado dos poderes fiscalizatórios tradicionais (prevenção e repressão), a nova Lei Antitruste (Lei nº 12.529/2011) incorporou a prática da Advocacia Administrativa como meio de solução alternativa dos obstáculos à livre concorrência, **mediante ações de cooperação com os Poderes Públicos e órgãos administrativos e difusão da cultura da concorrência** nos setores público e privado.

Em outras palavras, adotando as definições utilizadas no âmbito do CADE (Documento de Trabalho nº 004/2023):

“A advocacia da concorrência é entendida como qualquer atividade conduzida pela autoridade da concorrência visando à promoção de um ambiente concorrencial saudável, que não tenha caráter de *enforcement* legal. O que se espera da advocacia da concorrência é evitar a aprovação de leis ou regulações que

prejudiquem a concorrência ou, pelo menos, mitigar seu impacto concorrencial negativo. Tais ações são dirigidas principalmente a órgãos públicos e agências reguladoras, de modo a evitar medidas que tenham impacto (direto ou indireto, intencional ou não intencional) anticoncorrencial.”

A legislação antitruste outorgou tanto ao CADE quanto à SAE os poderes necessários ao exercício da *advocacy* perante os órgãos e entidades públicas, **mediante atuação de ofício ou provocada**, destacando-se os poderes de requisitar informações e requerer às autoridades públicas de todas as unidades da Federação a adoção das medidas necessárias ao cumprimento da legislação concorrencial.

Nesse sentido, incumbe ao CADE, por meio dos seus órgãos (Tribunal Administrativo de Defesa do Consumidor, Superintendência-Geral e Departamento de Estudos Econômicos), nos termos da Lei nº 12.529/2011:

“DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

Art. 4º O CADE é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei.

.....
Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei:

I - **zelar pela observância desta Lei** e seu regulamento e do regimento interno;

.....
IV - **ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica**, dentro do prazo que determinar;

.....
VIII - **requisitar dos órgãos e entidades da administração pública federal e requerer às autoridades dos Estados, Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios as medidas**

necessárias ao cumprimento desta Lei;

.....
XIV - instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica;

XVIII - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções;

.....
DA SUPERINTENDÊNCIA-GERAL

Art. 13. Compete à Superintendência-Geral:

I - zelar pelo cumprimento desta Lei, monitorando e acompanhando as práticas de mercado;

II - acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários, mantendo o sigilo legal, quando for o caso;

.....
VI - no interesse da instrução dos tipos processuais referidos nesta Lei:

a) requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício de suas funções;

b) requisitar esclarecimentos orais de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, na forma desta Lei;

e) requisitar vista e cópia de documentos e objetos constantes de inquéritos e processos administrativos instaurados por órgãos ou entidades da administração pública federal;

f) requerer vista e cópia de inquéritos policiais, ações

judiciais de quaisquer natureza, bem como de inquéritos e processos administrativos instaurados por outros entes da federação, devendo o Conselho observar as mesmas restrições de sigilo eventualmente estabelecidas nos procedimentos de origem;

.....
XI - adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento;

.....
XIII - **orientar os órgãos e entidades da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento desta Lei;**

XIV - desenvolver estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica;

XV - instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica e os modos de sua prevenção e repressão;

.....
XVIII - adotar as medidas administrativas necessárias à execução e ao cumprimento das decisões do Plenário.

.....
DO DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS

Art. 17. O Cade terá um Departamento de Estudos Econômicos, dirigido por um Economista-Chefe, a quem incumbirá elaborar estudos e pareceres econômicos, de ofício ou por solicitação do Plenário, do Presidente, do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral, zelando pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do órgão.”

Por sua vez, a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SAE) ostenta posição de destaque na área da advocacia da concorrência, na medida em que sua função precípua consiste **na promoção da**

concorrência perante órgãos de governo e a sociedade, mediante o exercício de sua **função consultiva** (formular orientações e recomendações), **poder de representação** e **ações de cooperação interinstitucionais**, conforme os poderes que lhe foram outorgados pela Lei Antitruste:

“DA SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO

Art. 19. Compete à Secretaria de Acompanhamento Econômico promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade cabendo-lhe, especialmente, o seguinte:

I - **opinar**, nos aspectos referentes à promoção da concorrência, sobre propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidos a consulta pública pelas agências reguladoras e, quando entender pertinente, sobre os pedidos de revisão de tarifas e as minutas;

II - **opinar, quando considerar pertinente, sobre minutas de atos normativos elaborados por qualquer entidade pública ou privada submetidos à consulta pública, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;**

III - **opinar, quando considerar pertinente, sobre proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;**

IV - elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada pelo Cade, pela Câmara de Comércio Exterior ou pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça ou órgão que vier a sucedê-lo;

V - elaborar estudos setoriais que sirvam de insumo para a participação do Ministério da Fazenda na formulação de políticas públicas setoriais nos fóruns em que este Ministério tem assento;

VI - **propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos**

normativos da administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal que afetem ou possam afetar a concorrência nos diversos setores econômicos do País;

VII - manifestar-se, de ofício ou quando solicitada, a respeito do impacto concorrencial de medidas em discussão no âmbito de fóruns negociadores relativos às atividades de alteração tarifária, ao acesso a mercados e à defesa comercial, ressalvadas as competências dos órgãos envolvidos;

VIII - encaminhar ao órgão competente representação para que este, a seu critério, adote as medidas legais cabíveis, sempre que for identificado ato normativo que tenha caráter anticompetitivo.

§ 1º Para o cumprimento de suas atribuições, a Secretaria de Acompanhamento Econômico poderá:

I - requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal quando for o caso;

II - celebrar acordos e convênios com órgãos ou entidades públicas ou privadas, federais, estaduais, municipais, do Distrito Federal e dos Territórios para avaliar e/ou sugerir medidas relacionadas à promoção da concorrência.”

Como se vê, as ações de advocacia da concorrência podem ostentar caráter formal (requisição de medidas administrativas) ou informal (manifestações e proposições), podendo ser adotadas de ofício pela autoridade concorrencial ou a pedido de algum interessado, como, por exemplo, os Estados e Municípios, quando necessitam de subsídios técnicos ou sugestões relacionadas à defesa da concorrência.

Nesse sentido, vale mencionar as Notas Técnicas do Departamento de Estudos Econômicos do CADE, expedidas — de ofício ou à pedido — com o fim de subsidiar a tomada de decisões no âmbito dos Poderes Públicos:

Nota Técnica nº 15/2020/DEE/CADE. Requerente:

Congresso Nacional. Consulta sobre o teor do Projeto de Lei nº 881, de 2020, de autoria do Senador Randolfe Rodrigues - REDE/AP, que *"Dispõe sobre o congelamento de preços de medicamentos durante a vigência da Pandemia de Coronavírus"*.

Nota Técnica nº 19/2020/DEE/CADE. Requerente: Ministério da Justiça. Consulta sobre a decisão do Governo de São Paulo de impor tabelamento de preços do botijão de gás de cozinha de 13 kg no valor de R\$ 70 (setenta reais) no Estado de São Paulo.

Nota Técnica nº 20/2020/DEE/CADE. Ato de ofício. Contribuições sobre os efeitos concorrenciais do novo marco regulatório para concessão de serviços funerários, cemiteriais e de cremação do município de São Paulo.

Nota Técnica 40/2020/DEE/CADE. Requerente: Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas. Consulta sobre a existência de indícios de formação de cartel entre os postos revendedores de combustível automotivo no Estado do Amazonas.

Nota Técnica 15/2020/DEE/CADE. Ato de ofício. Contribuições de caráter de advocacia da concorrência em relação à Lei 8864/2020 do Estado do Rio de Janeiro, que busca impor descontos percentuais em contratos de prestação de serviços educacionais, em razão do COVID-19.

Embora as orientações técnicas formuladas no contexto da advocacia da concorrência não possuam caráter vinculante, o fato é que as recomendações nelas contidas informam os aspectos relevantes e riscos a serem considerados pelas autoridades responsáveis pela efetiva tomada de decisões, cabendo-lhes a discricionariedade de adotar tais medidas ou assumir a responsabilidade pela eventual prática de infração contra a ordem econômica, resultando em sanções, pois a legislação antitruste aplica-se aos órgãos e entidades da Administração Pública, inclusive às

concessionárias de serviços públicos sob regime de monopólio legal, como, no caso, as prestadoras de serviços lotéricos (art. 31):

“Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

Diante desse cenário, considero que a atuação dos órgãos do SBDC se mostra suficiente e adequada à proteção do ambiente competitivo nas concessões de serviços de loterias estaduais, **com especial destaque às atividades consultivas praticadas no contexto da advocacia da concorrência, mediante atuação de ofício ou provocada**, sem prejuízo da eventual apuração de ilícitos contra a ordem econômica e aplicação das respectivas sanções cominadas.

Essa solução prestigia a liberdade de iniciativa e a autonomia federativa ao mesmo tempo em que promove a livre concorrência e a defesa dos direitos dos consumidores, sem resultar na supressão desproporcional ou intervenção excessiva na esfera de algum dos direitos fundamentais em aparente conflito.

Desse modo, **acompanho o Relator, com ressalva**, por entender possível que o legislador estabeleça limitações, *in abstracto*, às competências materiais dos Estados e do Distrito Federal referentes à organização da prestação dos seus respectivos serviços públicos, quando proibições se revelarem adequadas, necessária e razoáveis ao propósito de promover a tutela dos consumidores em face de infrações contra a ordem econômica nacional.

Nesse sentido, considero necessário afirmar a possibilidade de prevenção ou repressão de práticas anticompetitivas em licitações de serviços de loterias estaduais, por meio da atuação dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência — CADE e SAE (Lei nº 12.529/2011,

arts. 9º, 13, 17, e 19), mediante solicitação ou de ofício, inclusive oficiando órgãos e autoridades públicas, sobre os riscos de possível configuração de infrações contra a ordem econômica nos termos da Lei nº 12.526/2011 (art. 36), sem prejuízo da caracterização de outros ilícitos previstos em lei.

3. VEDAÇÃO À PUBLICIDADE EM OUTRAS UNIDADES FEDERATIVAS

Há a considerar, por fim, a norma que restringe a publicidade das loterias estaduais apenas às pessoas fisicamente localizadas nos limites de suas circunscrições ou àquelas domiciliadas na sua territorialidade, conforme o § 4º do art. 35-A da Lei Federal nº 13.756/2018 (na redação dada pela Lei Federal nº 14.790/2023).

As informações prestadas pela Câmara dos Deputados esclarecem que, *"ao limitar essa publicidade, a legislação busca evitar que Estados com mais recursos e maior capacidade de divulgação atraiam desproporcionalmente um maior volume de apostadores de outros estados. Este mecanismo garante uma distribuição mais equilibrada dos recursos obtidos através das loterias, assegurando que eles sejam utilizados de maneira justa e equitativa em todo o território nacional"*.

O Senado Federal, por sua vez, defende que a restrição visa a evitar *"comportamentos predatórios de uma concessionária sobre o público de outra unidade federativa"*.

Acompanho o Relator, no ponto, quanto à ausência de necessidade, adequação e razoabilidade de tal restrição.

De fato, a mesma proibição existente em relação à publicidade das loterias estaduais **também se estende à comercialização** dos serviços lotéricos a pessoas de outras unidades da Federação. *Verbis*:

Lei Federal nº 13.756/2018

.....
Art. 35-A. (...)
.....

§ 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)

Achando-se proibidas as loterias de uma determinada unidade federativa de venderem seus serviços a consumidores domiciliados em território diverso, **resulta inverossímil a possibilidade dos Estados disputarem entre si o público consumidor.** Igualmente inviável a prática de comportamentos predatórios de uma concessionária sobre o público de outra unidade federativa, pois em seus respectivos domínios territoriais todas elas atuam em regime de monopólio legal, ou seja, não há possibilidade fática de competição entre as duas no mesmo território.

Assim, nenhum efeito tem a publicidade de uma loteria sobre o público de outra, pois não há como os apostadores de um Estado consumirem o serviço fornecido aliunde.

Além disso, a vedação a tal publicidade prejudica severamente o patrocínio do esporte e da cultura no Brasil, atividades altamente dependentes do apoio financeiro do setor privado. **Não seria possível às lotéricas patrocinar atletas e times de projeção nacional, sob pena de violação à proibição legal. Também o cinema, o teatro e as artes, exibidos ou expostos em eventos itinerantes ou em auditórios pulverizados por todo o território brasileiro, não poderiam obter tal patrocínio, em razão do alcance nacional de tais apresentações.**

A restrição territorial à publicidade, portanto, não atende a critérios mínimos de razoabilidade. Interfere na autonomia federativa e na livre iniciativa, além de prejudicar a prestação dos serviços, sem trazer benefícios à sociedade ou ao Estado.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, **acompanho o Relator, com ressalvas** (item n. 2 deste voto).

É como voto.