

LOTESP



Produto Final I

Análise jurídico-regulatória



CORDEIRO, LIMA
e Advogados

Brasil Fernandes
advogados



São Paulo, 18 de outubro de 2021

Ao

Grupo de Trabalho – GT

Conselho Diretor do Programa Estadual de Desestatização ("CDPED")

Conselho Gestor do Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas ("CGPPP")

Secretaria de Projetos, Orçamento e Gestão do Estado de São Paulo ("SEPOG")

Secretaria de Fazenda e Planejamento ("SEFAZ")

São Paulo – SP

Referência:

Produto Final I — Análise Jurídico-Regulatória

Editais de Chamamento Público N.º 004/2021

Encaminhamos, anexo, o Produto Final I — Análise Jurídico-Regulatória.

Na oportunidade, colocamo-nos à disposição de V.Sas. para quaisquer esclarecimentos que se façam necessários.

Atenciosamente,



CORDEIRO, LIMA
e Advogados



Brasil Fernandes
advogados

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. METODOLOGIA	8
2.1. O “Cenário A” – Ambiente com exclusividade	9
2.2. O “Cenário B” – Ambiente sem exclusividade	9
3. ASPECTOS JURÍDICOS E INTITUCIONAIS DA EXPLORAÇÃO DE LOTERIAS.....	11
3.1. Análise jurídica, institucional e regulatória pertinente ao Projeto: conceitos, legislação e jurisprudência.....	11
3.1.1. Conceitos preliminares à luz da jurisprudência do STF	13
3.1.2. Exploração dos serviços lotéricos no Estado de São Paulo em perspectiva histórica 17	
3.1.3. Competência político-administrativa do Estado de São Paulo	19
3.1.4. Eventuais iniciativas em âmbito federal e estadual sobre a regulação dos serviços lotéricos ou semelhante.....	26
3.2. Mapeamento jurídico-institucional das incertezas, problemas e riscos e possíveis incentivos para potencializar a prestação dos serviços.....	28
3.2.1. Loterias municipais	28
3.2.2. Retomada da LOTEX e regulamentação da aposta esportiva pela União	30
3.2.3. Superveniência de alterações legislativas pela União	32
3.2.4. Inaplicabilidade das diretrizes contratuais e de organização dos serviços previstos no Decreto-Lei nº 6.259/1944.....	35
3.2.5. Incentivos.....	40
4. BENCHMARKING JURÍDICO E INSTITUCIONAL.....	47
4.1. Exposição da Análise	47
4.1.1. União federal	47
4.1.2. Estados que preservaram a exploração dos serviços durante a eficácia do art. 32 do Decreto-Lei nº 204/1967 e após a Súmula Vinculante 02/STF	64
4.1.3. Paraíba	71
4.1.4. Minas Gerais	80
4.1.5. Rio de Janeiro	92
4.1.6. Ceará	98
4.2. Considerações sobre os benchmarkings analisados.....	99

4.2.1.	Regulamentação dos serviços lotéricos	102
4.2.2.	Modalidades lotéricas passíveis de exploração	105
4.2.3.	Regime de exploração dos serviços.....	107
4.2.4.	Forma de remuneração do contratado e compartilhamento de receitas	108
4.2.5.	Reversibilidade dos bens	110
5.	DIRETRIZES REGULATÓRIAS	112
5.1.	Definição do Agente Regulador e do órgão responsável na representação do Poder Concedente	112
5.2.	Mapeamento de certificações e procedimentos para sua obtenção.....	119
5.2.1.	Certificações passíveis de adoção para o Projeto	120
5.3.	Payout mínimo, remuneração do parceiro privado e ônus de fiscalização	128
5.3.1.	Payout mínimo	128
5.3.2.	Remuneração do parceiro privado.....	131
5.3.3.	Taxa de Fiscalização.....	133
5.4.	Modalidades exploradas e destinação dos recursos provenientes da exploração .	136
5.5.	Delimitação territorial e formas de comercialização.....	137
5.6.	Proposta de arranjo institucional para regulação dos serviços.....	139
6.	QUESTÕES JURÍDICAS RELEVANTES PARA VIABILIDADE DO PROJETO	143
6.1.	Exploração de serviços públicos em ambiente concorrencial.....	143
6.2.	Serviços públicos não essenciais e regime de liberdade de preço	145
6.3.	Regime jurídico contratual e reversibilidade de bens	154
6.4.	Identificação e análise de aspectos tributários atrelados ao Projeto	158
6.5.	Avaliação de viabilidade de exigir dos Operadores as certificações necessárias como requisito de qualificação técnica	159
6.5.1.	Exigências de qualificação técnica.....	163
6.5.2.	Exigência de certificações para qualificação técnica.....	165
6.6.	Contrapartidas ao Estado	171
7.	DELIMITAÇÃO DO OBJETO, OBRIGAÇÕES, RISCOS E FORMAS DE EXPLORAÇÃO DOS SERVIÇOS	173
7.1.	Possíveis modelos contratuais a serem adotados no âmbito do Projeto	173
7.2.	Inviabilidade de exploração das modalidades lotéricas em caráter precário (permissão de serviço público)	178
7.3.	Cenário A – Concessão comum, com exclusividade, de todas as modalidades	183

7.4.	Cenário B – Concessão comum, individualizando as modalidades por lotes, e autorização para exploração de aposta esportiva de quota fixa	186
7.5.	Matriz SWOT (Cenário A x Cenário B).....	188
7.6.	Proposta de alocação de responsabilidades entre as partes	190
7.7.	Mapeamento de riscos, alocação e mitigadoras	191
8.	CONCLUSÃO E RECOMENDAÇÕES GERAIS.....	194
8.1.	O Cenário A como opção mais vantajosa	194
8.2.	Atos normativos que deverão ser criados/alterados para a viabilidade jurídica do Projeto – Cenário A.....	195
9.	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	198
10.	DEFINIÇÕES.....	200
11.	RESTRIÇÕES DE ACESSO E CONFIDENCIALIDADE.....	206
12.	EQUIPE RESPONSÁVEL.....	207



LOTESP 

1. INTRODUÇÃO

O Produto Final I – Análise jurídico-regulatória (“Produto” ou “Relatório”), se desenvolve no universo do Edital de Chamamento Público nº 004/2021, e tem por escopo expor os aspectos regulatórios relacionados à prestação dos serviços lotéricos no Estado de São Paulo, levantamento este que servirá de base à viabilidade jurídica dos Cenários A e B, enquanto modelos de delegação dos serviços à iniciativa privada (“Projeto”).

Para além disso, o Relatório destina-se, ainda, a mapear modelos contratuais adotados para a operação dos serviços lotéricos (“benchmarks”), analisando sua viabilidade de execução no âmbito do Estado de São Paulo e potenciais pontos favoráveis que podem ser adotados no desenvolvimento do Projeto.

Por fim, ainda em atendimento ao Edital de Chamamento Público, após a realização de estudos introdutórios, o presente Relatório apresenta criteriosa análise sobre os modelos contratuais passíveis de adoção para a concepção da delegação dos serviços lotéricos, elencando a possibilidade de aderência ao Projeto.

O Produto Final I segue acompanhado dos seguintes Anexos:

ANEXO I	Minutas de Anteprojeto de Lei e Decreto Regulamentador
ANEXO II	Planilha de legislação e projetos de lei de outros Estados
ANEXO III	Matriz de Riscos

2. METODOLOGIA

Nos termos do Edital de Chamamento Público nº 004/2021, foram pontuadas premissas ao aprofundamento dos estudos (cf. item 2.3), como também a proposição de cenários (“Cenários” – cf. item 4) enquanto diretrizes dos possíveis modelos de delegação dos serviços lotéricos do Estado de São Paulo à iniciativa privada.

Diante dessas exigências, o presente Relatório considerou, no que tange às premissas de cunho jurídico, *“a regulamentação e a legislação vigentes”*, como também a propositura de modelos de delegação que não importem *“pagamento de contraprestação pecuniária, aportes de recursos ou qualquer desembolso por parte da Administração Pública”*.

Como se verá, em especial no capítulo 6, também se propõe um arranjo institucional contemplando *“a delegação de parcela dos serviços à iniciativa privada”*, preservando-se a camada de gestão dos serviços ao Estado, que entendemos de relevância imprescindível à boa regulação para garantia do serviço adequado.

Ainda no campo do desenvolvimento metodológico deste estudo, propôs-se o **delineamento dos Cenários A e B a partir de uma análise das modalidades lotéricas** vertidas na Lei Federal nº 13.756, de 12 de dezembro de 2018.

O recorte proposto levou em consideração o fato de que as modalidades lotéricas apresentam especificidades no que diz respeito à dinâmica do jogo em si, perfil do apostador, riscos a que estão sujeitas (sobretudo, como se verá, nas modalidades instantânea e aposta esportiva) e ainda o nível de investimentos atrelados à exploração dos serviços.

Dadas essas peculiaridades, a simples aglutinação das modalidades lotéricas para proposição dos Cenários por outros critérios – como a divisão territorial dos lotes de exploração¹ ou a segmentação

¹ Problema para esse critério resvalaria no caso do Cenário A, em que se cogitaria segmentar a exploração de todas as modalidades em lotes territoriais dentro do Estado de São Paulo. A proposta se tornaria demasiadamente complexa uma vez que no ambiente virtual as dificuldades práticas para fiscalização e controle da partição de demanda entre esses operadores poderia colocar em xeque o aspecto da exclusividade.

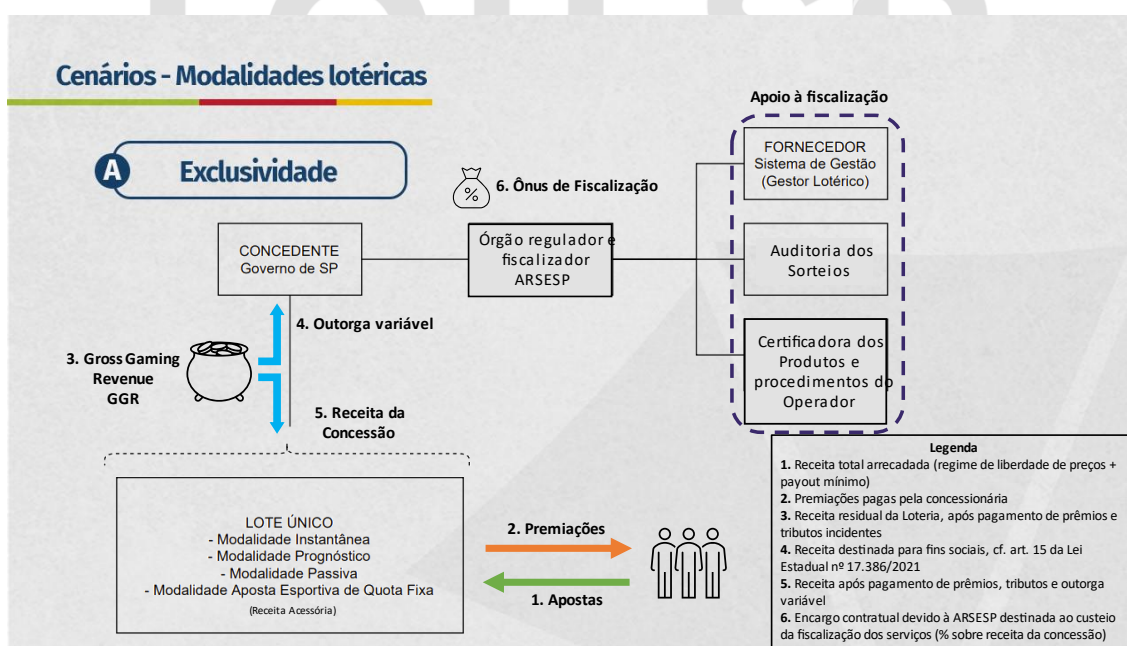
dos serviços por camadas² – não atenderia de forma satisfatória as premissas do Edital de Chamamento Público.

A partir do recorte sobre as modalidades lotéricas vertidas na Lei Federal referenciada, portanto, é que se propõe resumidamente os seguintes Cenários, cujas justificativas para escolha dos modelos contratuais e organização dos serviços serão apresentadas nos capítulos pertinentes deste Relatório. Abaixo, a breve explicação de cada um dos cenários.

2.1. O “Cenário A” – Ambiente com exclusividade

Para o **Cenário A**, a exploração dos serviços será delegada mediante concessão comum, com exclusividade, de todas as modalidades lotéricas, sendo aposta esportiva de quota fixa explorada como receita acessória em percentual de compartilhamento diferenciado do que as demais fontes de receitas complementares (e.g. publicidade).

Imagem 01. Cenário A



2.2. O “Cenário B” – Ambiente sem exclusividade

² Nesse caso, os serviços poderiam ser segmentados entre operadores responsáveis pelo desenvolvimento de produtos daqueles responsáveis pela distribuição e comercialização dos jogos. Ocorre que o critério também enfrentaria dificuldades para se mostrar coerente com as premissas do Edital, quando se verifica a inviabilidade de desenhar no Cenário B, por exemplo, um ambiente concorrencial entre os desenvolvedores dos produtos sem que isso acarretasse algum prejuízo aos distribuidores. São riscos potenciais que conduziram a não se valer deste desenho.

O primeiro, mediante concessão comum, sendo cada modalidade licitada em lotes isolados (Lote 1 – Prognósticos; Lote 2 – Loteria Instantânea; e Lote 3 – Passiva); o segundo, por sua vez, ocorrerá no ambiente de aposta esportiva de quota fixa, a qual poderá ser manejada mediante *autorização* (sem limite de operadores – chamamento público; ou com limite de operadores – processo de contratação simplificado).

Cenários - Modalidades lotéricas

B Não - exclusividade

6. Ônus de Fiscalização

Órgão regulador e fiscalizador ARSESP

4. Outorga variável

3. Gross Gaming Revenue GGR

5. Receita dos operadores

Concessão (1 concessionário por lote)

5. Receita dos operadores

Modalidade Aposta Esportiva de Quota Fixa

2. Premiações

1. Apostas

2. Premiações

1. Apostas

Legenda

1. Receita total arrecadada (regime de liberdade de preços + payout mínimo)
2. Premiações pagas pela concessionária
3. Receita residual da Loteria, após pagamento de prêmios e tributos incidentes
4. Receita destinada para fins sociais, cf. art. 15 da Lei Estadual nº 17.386/2021
5. Receita após pagamento de prêmios, tributos e outorga variável
6. Encargo contratual devido à ARSESP destinada ao custeio da fiscalização dos serviços (% sobre receita da concessão)

FORNECEDOR
Sistema de Gestão (Gestor Lotérico)

Auditoria dos Sorteios

Certificadora dos Produtos e procedimentos do Operador

Apoio à fiscalização

LOTE 1
Modalidade Instantânea

LOTE 2
Modalidade Prognóstico

LOTE 3
Modalidade Passiva

Autorizado 1

Autorizado 2

Autorizado 3

(...)

Autorizado n

3. ASPECTOS JURÍDICOS E INTITUCIONAIS DA EXPLORAÇÃO DE LOTERIAS

3.1. Análise jurídica, institucional e regulatória pertinente ao Projeto: conceitos, legislação e jurisprudência

Propor a construção de modelos para instituição da Loteria e a exploração das modalidades lotéricas no Estado de São Paulo exige uma análise jurídica institucional, legal e regulatória de todos os elementos pertinentes ao Projeto, em âmbito federal e estadual. Reputa-se isto indispensável para identificar quais são os limites para a atuação do Estado de São Paulo, na condição de titular do serviço público, para **instituição, organização e exploração do serviço lotérico**, mais especificamente: elementos conceituais e a delimitação da competência político-administrativa do Estado de São Paulo para a sua Loteria estadual própria e os benefícios auferidos por este serviço.

O ponto de partida da análise está no **julgamento das ADPFs 492, 493 e ADI 4986**, mais especificamente no voto do Relator, o Ministro Gilmar Mendes, o qual, diga-se, foi aderido por unanimidade pelos demais ministros do pleno da Corte. Afastou-se do ordenamento jurídico **os artigos 1º e 32, caput e § 1º, do DL 204/1967**, dispositivos que impediam a criação de novas Loterias no Brasil, além daquelas existentes à época, e limitavam os entes federados que já possuíam Loterias criadas antes do DL 204/67 em relação à expansão de suas atividades. O relator expôs as premissas fundamentais da decisão da seguinte forma:

“[...] Por fim, retomo brevemente as principais premissas e conclusões deste voto, com o intuito de esclarecer a ratio decidendi:

*(i) A exploração de loterias **ostenta natureza jurídica de serviço público** (art. 175, caput, da CF/88), dada a existência de previsão legal expressa;*

*(ii) Os **arts. 1º e 32 do Decreto-Lei 204/1967**, ao estabelecerem a exclusividade da União sobre a prestação dos serviços de loteria, **não foram recepcionados pela Constituição Federal** de 1988, pois colidem frontalmente com o art. 25, § 1º, da CF/88, ao esvaziarem a competência constitucional subsidiária dos Estados-membros para a prestação de serviços públicos que não foram expressamente reservados pelo texto constitucional à exploração pela União (art. 21 da CF/88);*

*(iii) A **competência privativa da União para legislar** sobre sistemas de consórcios e sorteios (art. 22, inciso XX, da CF/88) **não preclui a competência material dos Estados para explorar as atividades lotéricas** nem a competência regulamentar dessa exploração. Por esse motivo, a Súmula Vinculante 2 não trata da competência material dos Estados de instituir loterias dentro das balizas federais, ainda que tal materialização tenha expressão através de decretos ou leis estaduais, distritais ou municipais.*

*(iv) Por outro lado, as **legislações estaduais instituidoras de loterias**, seja via lei estadual ou por meio de decreto, **devem simplesmente viabilizar o exercício de sua competência material** de instituição de serviço público titularizado pelo Estado-*

*membro, de modo que somente a **União pode definir as modalidades de atividades lotéricas** passíveis de exploração pelos Estados. [...].”*

Note-se que o STF assumiu Loteria como forma de serviço público³. Tal posição já era compartilhada pela doutrina pátria. Mesmo sob algumas ressalvas de que a atividade seria, mais propriamente, espécie de fomento⁴, ela é tomada como serviço público em virtude de ser este o *status* perante a legislação (sendo assim definida pelo menos desde 1932, com a edição do Decreto n. 21.143)⁵.

Também é digno de nota que o Supremo Tribunal Federal afastou definitivamente a tese de que a atuação dos Estados invadiria o campo de competência privativa de legislar sobre Direito Penal (art. 22, I, CF/88) e que, portanto, somente a União poderia derogar a lei para autorizar atividade lotérica. É que, conforme consigna o relator, “não há como perpetuar interpretação normativa que teria como sujeito ativo da infração o próprio Ente Público” e “não se pode considerar que o exercício de atividade pública seja considerado uma contravenção penal. Tal entendimento significaria dizer que um serviço público constitui crime.”⁶

O referido julgamento redesenhou o pacto federativo na medida que, em benefício dos 26 estados-membros e do Distrito Federal, **passou a ser possível instituir Loterias próprias em cada uma das referidas unidades da federação**, como fonte de receita para financiar as demandas sociais, por meio da exploração das diversas modalidades lotéricas previstas em lei federal. Rompeu-se, assim, com a **inconstitucional exclusividade que fora fixada pela própria União Federal**, em 1967, quando da outorga do Decreto-Lei n. 204.

Vale ressaltar que o posicionamento da Corte é coerente com a jurisprudência que criou a Súmula Vinculante nº 2 (“é inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcio e sorteios, inclusive bingos e loterias”), uma vez que a está no cerne da decisão

³ BRASIL. STF. ADPF 492, ADPF 493 e ADI 4.986, rel. Min. Gilmar mendes, julgado em 30/09/2020.

⁴ Nesse sentido: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Parcerias Público-Privadas nos serviços de loterias estaduais. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, ano 3, n. 12, abr/jun, 2003, p. 175-192.

⁵ Decreto Federal 21.143 de 10 de março de 1932. Ementa: Regula a extração das Loterias. Nesse sentido: TÁCITO, Caio. Loterias Estaduais (Criação e regime jurídico). *Revista dos Tribunais*, ano 94, vol. 838, ago. 2005, p. 750; ATALIBA, Geraldo. Possibilidade Jurídica da Exploração de Loterias pelos Estados Federados. Apud SUNDFELD, Carlos Ari. *Revista de Direito Público – RDP*, vol. 91, p. 96; VILELLA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito Administrativo Estadual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 107.

⁶ BRASIL. STF. ADPF 492, ADPF 493 e ADI 4.986, rel. Min. Gilmar mendes, julgado em 30/09/2020. P. 33.

a **distinção entre competência legislativa da União e a competência material dos estados**. A propósito, colhe-se da jurisprudência da Corte decisão de 2008, na **ADPF 128**:⁷

“[...] Bem asseverou a Min. ELLEN GRACIE, ao prestar informações, que “as várias decisões desta Casa, todas prolatadas em ações diretas de inconstitucionalidade, que embasaram a edição da Súmula Vinculante nº 2 trataram tão-somente, (1) da caracterização das atividades de bingos e loterias como espécies de sistemas de consórcios e sorteios, bem como (2) do reconhecimento da competência privativa da União para desempenhar a atividade legiferante sobre esse tema” (fls. 227).

Nas ações diretas que serviram de inspiração ao enunciado da súmula vinculante nº 2, nada se definiu sobre o regime de exploração dos serviços lotéricos pelos Estados, de sorte que “o debate desse assunto, de maneira inaugural, no procedimento de edição da Súmula ora em análise representaria manifesta extrapolação dos limites traçados pelos julgamentos que a fundamentaram” (fls. 227).”

Também nesse sentido manifestou-se o Min. Marco Aurélio no voto-vista proferido na **ADI 2847**, onde consignou que “[...] lei máxima não reserva o serviço público de loterias expressamente à União, ficando afastada, assim, a possibilidade de cogitar-se de monopólio. [...]”⁸.

Postas essas relevantes diretrizes jurisprudenciais, as quais, como visto, dão os contornos jurídicos mínimos acerca da viabilidade de instituição de Loterias estaduais, o presente Relatório avançará a fim de fixar conceitos preliminares, seguida de uma breve consideração sobre o contexto estadual, abordando experiências passadas na prestação de serviço lotérico no Estado de São Paulo; após isto, trataremos da competência político-administrativa do Estado para a exploração de loterias, tendo sempre como ponto de partida o acórdão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 492, ADPF 493 e ADI 4986, bem como a jurisprudência dos Tribunais Superiores acerca da matéria de Loterias. Por fim, abordaremos algumas iniciativas legislativas referentes à regulamentação de serviços lotéricos e questões correlatas.

3.1.1. Conceitos preliminares à luz da jurisprudência do STF

3.1.1.1. *Distinção entre serviços lotéricos e jogos de azar*

Antes de qualquer coisa, é indispensável tomar-se a seguinte premissa: **Loteria não é jogo de azar.**

⁷ BRASIL. STF. ADPF 128. Rel. Min. Cezar Peluso. 19 de dezembro de 2008.

⁸ BRASIL. STF. ADI 2.847, voto do Min. Marco Aurélio, julgado em 5 de agosto de 2004. P.10.

O termo “Jogo”, por si só, designa tanto uma partida de futebol como o ato de apostar no resultado daquela mesma partida; por isso adota-se o termo “jogos de azar”, no Brasil, para nos referir a jogos com apostas, concursos e assemelhados.⁹

A “Aposta”, por sua vez, pode ser definida a partir do ato de apostar, o qual consiste numa competição de escolhas/previsões acerca de um resultado futuro e aleatório.

Assentados os conceitos, pode-se afirmar que jogo de azar pressupõe uma contenda que envolve uma ou mais pessoas, cujo resultado é o lucro para uma delas, no **âmbito privado**.

Já na atividade lotérica, uma das partes beneficiadas sempre será o Estado, a coletividade, através da obtenção de receitas não-tributárias, sempre sobressaindo **um interesse público**: constituir repasses com a aplicação em áreas sociais, financiar a seguridade social etc.

Por isso, é necessário frisar que, no direito brasileiro¹⁰, **não se pode fazer a equivalência de jogos de azar**, cujo resultado caracteriza o lucro privado, **com Loteria**, cujo resultado necessariamente deve atender aos anseios da comunidade. Tratam-se de funcionalidades distintas, com resultados e justificativas distintas: um visa o lucro envolvendo apenas particulares, enquanto outro tem como objetivo primordial financiar projetos (pontuais ou continuados) de interesse público.

A partir dessas premissas, e do marco representado jurisprudencial pelo acórdão do STF nas ADPFs 492 e 493, passa-se a abordar mais algumas definições importantes, a saber, **Loteria, Modalidade Lotérica e Produto Lotérico**, que servirão para descrever de forma adequada o funcionamento do referido serviço público no contexto da federação brasileira.

3.1.1.2. *Loteria, modalidade lotérica e produto lotérico*

⁹ BRASIL FERNANDES, Roberto. Direito das Loterias no Brasil. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 21.

¹⁰ Para aprofundamento, e a título de comparação, importa mencionar alguns termos utilizados no Reino Unido. Naquele país, usa-se o termo “*gambling*” como gênero para uma série de diferentes atividades. *Gambling* é gênero, de cujas espécies são *betting* (em tradução livre, “aposta”), *gaming* (“jogo”) e *lotteries* (“loterias”). De forma geral, o Gambling Act, de 2005, define essas três formas como segue: *Gaming* é participar de um jogo em disputa de um prêmio, sendo que tal jogo pode depender de pura sorte ou da combinação de habilidade e sorte (*games of chance*, ou: jogo de azar); *Betting*, por sua vez, pode ser visto como o ato de apostar, onde se disputa acerca das previsões feitas sobre um evento futuro e incerto. No Reino Unido, fala-se em *pari-mutuel*, *fixed-odds*, *spread-betting*, entre outros. Já a *lottery* quando os participantes pagam pela chance de obterem o prêmio, a partir de processo baseado inteiramente na sorte. Cf. The Gambling Law Review: United Kingdom. Carl Rohsler. 7 de junho de 2021.

Para compreender como o Estado de São Paulo pode auferir receitas não tributárias decorrentes das atividades lotéricas, mediante a introdução das terminologias e conceitos a seguir, propomos um pacto semântico que julgamos adequado ao novo desenho federativo estabelecido pela Suprema Corte na matéria de Loterias.

Loteria designa o **órgão ou ente público**¹¹, integrante da Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal, ou da União, que **regulamenta e explora** (direta e/ou indiretamente), as diversas modalidades lotéricas. É o caso da Caixa Econômica Federal¹², da LEMG (Minas Gerais), da LOTEF (Paraíba), da LOTECE (Ceará), da LOTERJ (Rio de Janeiro) e outras recentemente criadas¹³.

Modalidades Lotéricas são tipos normativos previstos em lei federal em sentido estrito (segundo o STF, de competência da União), que permitem à Administração Pública (Poder Executivo da União e dos estados e DF) criar, por atos regulamentares, *Produtos Lotéricos*. Dito de outra forma, *Modalidades Lotéricas* são diferentes formas e possibilidades de exploração da atividade lotérica, previstas em lei federal. Exemplo desta dinâmica são as modalidades de prognósticos numéricos, de prognóstico esportivo etc., ou seja, aquelas modalidades previstas na Lei Federal n. 13.756/2018.

Produtos Lotéricos, são a expressão, por meio de atos regulamentares¹⁴, do uso da oportunidade e conveniência do administrador público ao decidir explorar, direta ou indiretamente, uma determinada modalidade lotérica tipificada em lei *stricto sensu*, a exemplo da denominada “Mega-Sena”, “Loteca”, “Lotomania”, “RaspaLoterj”, “Totolot”, “Totolec Show” etc.; dito de outra forma, é o resultado do trabalho de produção, para se obter algo tangível ou intangível, físico ou não físico, para atendimento da necessidade real e que atenda o conceito impresso na legislação federal a título de modalidade lotérica. **É a espécie do gênero modalidade lotérica.**

¹¹ FERNANDES, Roberto Brasil. *Direito das loterias no Brasil: conceitos e aspectos jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

¹² Da forma que entendemos em nossa classificação, uma vez que a Caixa Econômica Federal é a entidade integrante da Administração Pública Indireta Federal que explora atividade lotérica, pode ela ser denominada de, simplesmente, “Loteria Federal”.

¹³ Loteria do Distrito Federal, Loteria do Estado do Espírito Santo, Loteria do Estado do Maranhão, Loteria do Estado de São Paulo e outras, cujos projetos tramitam pelos legislativos estaduais.

¹⁴ “O poder normativo das entidades administrativas, exercido com fundamento em norma legal, não decorre da delegação propriamente dita operada pelo legislador, mas, ao contrário, é inerente à função administrativa e pode ser exercido dentro dos limites fixados em lei. É conferido à Administração Pública o poder de regulamentar a legislação, esclarecendo-a e detalhando-a de forma a possibilitar a sua concretização” OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. *Novo perfil da regulação estatal: administração pública de resultados e análise de impacto regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 232.

O uso da referida terminologia e classificações é útil para auxiliar e interpretar **corretamente o acórdão da APDF 493**, especialmente porque o voto do Min. Gilmar Mendes estabeleceu papéis distintos aos entes federados.

Ao afirmar que “somente a União pode definir as modalidades de atividades lotéricas passíveis de exploração pelos Estados”, o STF assegurou ser a **União a única que pode inovar na matéria de modalidades lotéricas**, por meio de sua competência privativa do art. 22, XX, da CF/88; nesta quadra, é essencial que se compreendam como *modalidades lotéricas* as inovações que a União promove por meio de lei federal.

Por outro lado, a conclusão de que “a competência privativa da União para legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios (art. 22, inciso XX, da CF/88) **não preclui** a competência material dos Estados **para explorar as atividades lotéricas nem a competência regulamentar**” é essencial para compreender os limites da União quanto a competência regulamentar dos Estados.

É neste contexto que se justifica diferenciar entre Modalidade Lotérica, a qual é parte essencial da moldura regulatória, e os Produtos Lotéricos, que podem ser instituídos como expressão da competência material e regulamentar dos Estados em seus respectivos territórios.

Somado a isto, tem-se também a conclusão segundo a qual cabe aos Estados **viabilizar e regulamentar a atividade no âmbito de seus territórios, atentando-se às modalidades lotéricas previstas em lei federal**. Por uma necessidade prática, isso naturalmente demanda a criação ou designação de órgão – ou mesmo de entes integrantes da administração pública indireta – que seja capaz de dar cabo na “viabilização” e “regulamentação” de uma Loteria.

Afinal de contas, esta atividade exige uma expertise técnica que normalmente não integra o portfólio de conhecimentos do gestor público. Daí a utilidade de designar este ente como “Loteria”.

Isso não impede, como se verá do Capítulo 5, que a Administração aproveite do seu arranjo institucional pré-existente, com intuito de garantir, a um só tempo, a independência técnica para regulamentação dos serviços, e a economicidade dos gastos públicos, ao se valer de estrutura apta a dar cabo das atribuições necessárias à organização e exploração dos serviços.

Dito isto, pode-se finalmente classificar como “Loteria” *em sentido amplo* a atividade que envolve as figuras da *Modalidade Lotérica, do Produto Lotérico e procedimentos para sua efetivação como serviço*

público, que ao final, gera receita não tributária para os investimentos sociais identificados pelo Governo, a bem do interesse público do estado de São Paulo.

Ao se falar de Modalidade Lotérica, está-se diante da atividade legislativa privativa da União nos termos do art. 22, XX, da CF/88; ao falar-se em Loteria (em “sentido estrito”, enquanto ente público), refere-se à atribuição que o ente federado dá a um órgão ou entidade da Administração Indireta para que este **viabilize e regulamente** o serviço no âmbito de seu território; e, por fim, ao se tratar de Produto Lotérico, fala-se dos atos regulamentares para controlar e fiscalizar a criação de produto cuja tipificação está prevista em lei federal.

Logo, a exemplo do que faz a União quando cria modalidades lotéricas por meio de lei (*e.g.*, concurso de prognóstico numérico) e as regulamenta em forma de Produtos Lotéricos (*e.g.*, Mega-Sena, Quina, Loto etc), o Estado de São Paulo pode regulamentar Produtos Lotéricos, ainda que sua criação seja passível de delegação, lastreados nas respectivas sistemáticas de funcionamento tipificadas na lei federal, respeitados o direito de imagem, marcas e outros de titularidade da União ou de outros entes, sejam públicos ou privados, que criaram o produto.

3.1.2. Exploração dos serviços lotéricos no Estado de São Paulo em perspectiva histórica

Há registros que a Loteria do Estado de São Paulo foi criada pelo Decreto Estadual n. 10.120 de 14 de abril de 1939¹⁵, com destinação dos recursos para os Serviços de Assistência Social e previsão de *payout* mínimo de 70%. Foi ratificada pelo governo federal nos termos do procedimento regulado pelo Decreto Federal n. 6.259 de 1944., conforme exigência legal daquela época, superada nas Constituições posterior e, assim contemplada pela atual Carta Constitucional.

Mais adiante, a Lei estadual n. 5.256/1986¹⁶ restabeleceu a Loteria de São Paulo com a criação da Loteria da Habitação, explorada e administrada pelo Estado, através da Caixa Econômica do Estado de São Paulo S.A. (“Nossa Caixa S.A.”), regulamentada pelo Decreto 25.923/1989¹⁷. Na ocasião, o resultado líquido da exploração do serviço da Loteria era convertido ao Fundo Rotativo Especial destinado a investimento na área social, aplicado na concessão de linhas de crédito subsidiados para

¹⁵ Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/1939/decreto-10120-14.04.1939.html>

¹⁶ Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1986/lei-5256-24.07.1986.html>

¹⁷ Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/1986/decreto-25923-23.09.1986.html>

o financiamento da Habitação Popular e de infraestrutura básica. A **Loteria da Habitação foi explorada na forma de “credenciamento”** e garantia ao agente lotérico *“a exclusividade da revenda dos programas de loteria na área estabelecida”*¹⁸.

No ano de 1999, a Loteria da Cultura foi criada pela Lei estadual n. 10.242/1999¹⁹, regulamentada pelo Decreto n. 46.103/2001²⁰, e a Loteria da Habitação foi reestabelecida no ano de 2001 pela Lei estadual n. 10.871²¹, regulamentada pelo Decreto n. 46.549/2002²², ambas administradas e exploradas pela Nossa Caixa S.A.²³

A Loteria da Cultura destinava o resultado líquido da arrecadação para o Fundo Especial de Despesa da Cultura do Estado de São Paulo e a sua regulamentação previa a exploração de “quaisquer modalidades de concursos de prognósticos, sorteios ou similares, por impresso gráfico ou sistema eletrônico, instantâneos ou não, por números ou símbolos”. O Decreto de Regulamentação contemplava a exploração por meio de “credenciamento” e estabelecia que o prêmio deveria corresponder ao equivalente “a 70% (setenta por cento) do total da renda bruta de cada extração ou sorteio, incluídos nesse percentual os impostos e encargos devidos, para a modalidade de bilhetes e, no mínimo, 45% (quarenta e cinco por cento) para as demais modalidades”.

Por sua vez, a Loteria da Habitação destinava os recursos para o Programa Habitacional do Estado de São Paulo e as modalidades lotéricas passíveis de serem exploradas eram “quaisquer modalidades de concursos de prognósticos, sorteios ou similares, por impresso gráfico ou sistema eletrônico, instantâneos ou não, por números ou símbolos”. Exigia-se que a premiação fosse, na modalidade de extração por bilhete, 70% (setenta por cento) da renda bruta de cada sorteio, já incluídos todos os impostos e encargos devidos; e, nas demais modalidades, 45% (quarenta e cinco por cento) da renda bruta de cada sorteio, igualmente já incluídos impostos e encargos.

Contudo, ambas as loterias tiveram suas atividades suspensas em 2009, através do Decreto nº 53.977.

¹⁸ Conforme item 3, § 1º, do Decreto n. 25.923/1986.

¹⁹ Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1999/lei-10242-22.03.1999.html>

²⁰ Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2001/decreto-46103-14.09.2001.html>

²¹ Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2001/lei-10871-10.09.2001.html>

²² Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2002/decreto-46549-18.02.2002.html>

²³ Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2008/lei-13286-18.12.2008.html> - extinção da nossa caixa de São Paulo.

A descontinuação da atividade lotérica em São Paulo se deu pouco após o Supremo Tribunal Federal publicar, no ano de 2007, a **Sumula Vinculante n. 2**, cujo efeito normativo pacificou o entendimento na Corte que **cabe à União, privativamente, legislar sobre consórcios e sorteios (CF. art. 22, XX), incluindo-se as Loterias**. Com a edição da súmula vinculante, logo inaugurou-se um debate acerca dos seus limites e sua interpretação, pois algumas iniciativas perante o STF passaram a arguir que a competência legislativa da União não prejudicava a competência político-administrativa dos estados para explorar Loterias (vide a ADPF 128, ADPF 147 e Arguição de Nulidade da Súmula Vinculante 2/STF, julgamentos que precederam o ingresso da ADPF 493 e dos quais colheram-se importantes subsídios argumentativos para o amadurecimento do tema).

A história da Loteria do Estado de São Paulo demonstra a ênfase da atividade, desde pelo menos o ano de 1939, no financiamento da seguridade social e outras destinações de interesse público, incluindo a área de Cultura, Habitação e outras áreas sensíveis. Com efeito, são estes os objetivos que justificam a existência de uma Loteria própria no Estado de São Paulo.

3.1.3. Competência político-administrativa do Estado de São Paulo

Conforme demonstrou-se há pouco neste Relatório, o STF estabeleceu, no julgamento conjunto da ADPF 492 e 493, julgada conjuntamente a ADPF 492, que aos Estados, no exercício de sua competência material, incumbe viabilizar e regulamentar a atividade lotérica dentro de seus respectivos territórios, cabendo somente à União a criação de novas modalidades lotéricas. Para identificar a extensão daquilo que a Corte intitula de competência material e competência político-administrativa é necessário examinar o problema à luz doutrina e da Constituição da República.

3.1.3.1. *Conteúdo exposto da competência político-administrativa dos Estados para exploração de loterias: as modalidades lotéricas exploráveis*

Conforme já mencionado anteriormente, o STF dispôs caber aos Estados viabilizar e regularizar o serviço de Loteria em seus territórios, devendo-se aterem-se às modalidades lotéricas fixadas pela

União. Portanto, são as seguintes modalidades lotéricas que o Estado de São Paulo pode explorar atualmente.²⁴

Modalidade Lotérica passiva: modalidade lotérica em que o apostador adquire bilhete já numerado, em meio físico (impresso) ou virtual (eletrônico)²⁵.

Modalidade Lotérica de prognósticos numéricos: modalidade lotérica que o apostador tenta prever quais serão os números sorteados no concurso²⁶.

Modalidade Lotérica de prognóstico específico: modalidade lotérica em que o apostador faz concomitantemente um palpite em números que serão sorteados e num time de futebol, identificado como “time do coração”, e concorrem a prêmios em ambos resultados, na forma da Lei n. 11.345/2006²⁷.

Modalidade Lotérica de prognósticos esportivos: modalidade lotérica em que o apostador tenta prever o resultado de eventos esportivos, cujo prêmio é rateado (*parimutuel*)²⁸.

Modalidade Lotérica de apostas esportivas de quota-fixa: modalidade lotérica que consiste em sistema de apostas relativas a eventos reais de temática esportiva, em que é definido, no momento de efetivação da aposta, quanto o apostador pode ganhar em caso de acerto do prognóstico, cujo prêmio é bancado (*fixed odds*)²⁹.

Modalidade Lotérica instantânea exclusiva: modalidade lotérica que apresenta, de imediato, se o apostador foi ou não ganhador do prêmio. É uma modalidade lotérica em que o apostador sabe, quando raspa o cartão, físico ou virtual, e é

²⁴ Por serem estas as modalidades lotéricas passíveis de exploração pelos Estados, é necessário esclarecer que, nos casos em que a legislação federal menciona “Loteria”, há que se ter em mente que se trata, mais propriamente, de “Modalidade Lotérica”; por isso, reproduzimos os conceitos e a sistemáticas de funcionamento presentes na Lei Federal n. 13.756/18, mas substituindo a palavra “Loteria” por “Modalidade Lotérica”.

²⁵ “Loteria federal (espécie passiva)”, segundo intitulado na lei 13.756/18, art. 14, §1º.

²⁶ “Loteria de prognósticos numéricos”, *idem*.

²⁷ “Loteria de prognóstico específico”, *idem*.

²⁸ “Loteria de Prognósticos esportivos”, *idem*.

²⁹ Artigo 29, § 1º da Lei 13.756/2018.

revelado o resultado, sabendo naquele ato se ganhou algum prêmio. A LOTEX³⁰, por exemplo, tem como tema: marcas, emblemas, hinos, símbolos, escudos e similares relativos às entidades de prática desportiva da modalidade futebol³¹.

A título de exemplo, convém observar os produtos lotéricos atualmente explorados pelas Loterias dos Estados do Rio de Janeiro, Minas Gerais, Ceará e Paraíba, conforme descrito em suas respectivas páginas oficiais disponibilizadas na internet, sem prejuízo dos demais produtos que pretendem desenvolver e explorar.

Tabela 01. Modalidades e Produtos Lotéricos Estaduais

Modalidade Lotérica	Produtos Lotéricos
Loteria do Rio de Janeiro– LOTERJ³²	
Modalidade Instantânea	a) RaspaRio Boliche, Carioca, Salário Extra, Din Din
Modalidade Passiva	a) Rio de Prêmios
Loteria do Estado de Minas Gerais – LEMG³³	
Modalidade de Prognóstico Numérico	a) Keno Minas b) Minas5 c) Totolot d) Speed Race e) Totogol f) Multiplix
Modalidade Instantânea	a) Boliche da Sorte b) Sinuca da Sorte
Loteria do Estado do Ceará - LOTECE – ³⁴	
Modalidade de Prognóstico Numérico	a) Totolec Show b) Totolec Interior
Modalidade Passiva	a) Loteria dos Sonhos

³⁰ A LOTEX - também conhecido como “raspadinha” - foi criada pela Lei nº 13.155/2015 e está prevista na Lei nº 13.756/2018. É um produto lotérico da Loteria Federal, que pode ser explorada em ambiente físico e online.

³¹ “Loteria instantânea”, *idem*.

³² Autarquia do Governo do Estado do Rio de Janeiro, criada pelo Decreto-Lei 138 de 1975, vinculada à Secretaria de Estado da Casa Civil. Link: <http://www.loterj.rj.gov.br>

³³ Autarquia instituída pelo Decreto-lei nº 165, de 10 de janeiro de 1939, regulamentada pela Lei nº 6.265, de 18 de dezembro de 1973 e pelo Decreto 47.902 de 31 de março de 2020. Link: <http://www.loteriademinas.com.br>

³⁴ Criada pela Lei Estadual nº 52, de 7 de novembro de 1947, e ratificada pelo Decreto Federal nº 25.118, de 22 de junho de 1948, e também pelo Decreto Federal nº 58.668, de 17 de junho de 1966, e regido pelo Decreto-Lei nº 204, de 27 de fevereiro de 1967. Link: <http://www.lotece.com.br/v2/>

Loteria do Estado da Paraíba – LOTE ³⁵	
Modalidade Passiva	a) Bilhete Tradicional – “SorteSua”

Convém observar que a legalização das “apostas esportivas de quota fixa” no Brasil, por meio da Lei federal n. 13.756/2018, a classificou como uma Modalidade Lotérica, atraindo o caráter de serviço público de interesse das Loterias Estaduais.

Portanto, poderá o Estado de São Paulo, por meio de sua Loteria, explorar todas as modalidades lotéricas acima elencadas mediante a criação de tantos produtos lotéricos estaduais quanto julgar conveniente e oportuno fazer, inclusive de forma sazonal.

Nada impede também que o desenvolvimento desses produtos seja delegado à iniciativa privada, considerando sua expertise para robustecer a captação de demanda, desde que observados parâmetros mínimos a serem definidos pela entidade ou órgão regulador.

3.1.3.2. *Conteúdo implícito da competência político-administrativa dos Estados para exploração de loterias: os aspectos inerentes*

O sistema federativo brasileiro, formado por desagregação, conferiu às antigas províncias um grau de autonomia cuja extensão é definida pelo poder soberano da Constituição da República.³⁶ Entende-se por autonomia dos entes subnacionais as capacidades de auto-organização, autogoverno, autolegislação e autoadministração.³⁷

A competência material referida pela *ratio decidendi* da ADPF 493, em conjunto com a ADPF 492, é compreendida pela doutrina em duas dimensões:³⁸ (i) competência de ordem administrativa, que permite ao ente federado estruturar a respectiva Administração, de acordo com suas conveniências e necessidades, fazendo funcionar a sua máquina administrativa pela organização dos recursos e servidores públicos; e (ii) competência de ordem financeira, que permite ao ente federado gerir e

³⁵ Autarquia do vinculada à Secretaria de Turismo e Desenvolvimento Econômico do Estado da Paraíba, criada pelo então Governador José Américo de Almeida, através da Lei nº 1.192, de 02, de abril de 1955 e ratificada pelo Presidente Juscelino Kubitschek, por intermédio do Decreto nº 40.549, de 12 de dezembro de 1956. Link: <https://lotep.pb.gov.br/>

³⁶ DE ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. Comentários à Constituição do Brasil. org. CANOTILHO, J.J. Gomes, STRECK, Lenio, MENDES, Gilmar, SARLET, Ingo. Almedina, 2013, p. 110.

³⁷ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Poder constituinte do estado-membro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

³⁸ DE ALMEIDA. Comentários [...].p. 110. 701.

aplicar seus recursos de acordo com as normas orçamentárias para atendimento das prioridades da Administração.³⁹

Com isso, passa a ser necessário identificar quais são os aspectos administrativos inerentes ao funcionamento da Loteria, isto é, sem os quais é inviável ao ente federativo exercer a sua competência material de forma apropriada, sob pena de o Estado não conseguir efetivamente se autoadministrar.

Dito de outro modo, dizer que é a União que possui a competência privativa para legislar sobre sorteios (art. 22, XX c/c Súmula Vinculante n. 2), não significa dizer que os Estados-membros devem seguir a regulamentação baixada pela União. Pois a regulamentação da União se refere à sua **própria atividade lotérica** e busca viabilizar **a prestação do serviço de Loteria que ela própria titulariza**.

A partir do momento que se assegura aos Estados-membro viabilizar e regulamentar as modalidades lotéricas previstas em lei federal, é certo que eles próprios poderão normatizar a atividade, dentro de seus territórios, atendidas as peculiaridades regionais, em autoafirmação de sua autonomia.

Pois se há o reconhecimento de uma determinada competência, deve-se também reconhecer os meios para que se possa exercê-la. Esta ideia tem raízes na **teoria dos poderes implícitos**, decorrente de precedente histórico no célebre caso *McCulloch vs. Maryland* (1819), julgado pela Suprema Corte americana. Sobre o tema, Alexandre Santos de Aragão leciona:⁴⁰

“Se, por exemplo, a Constituição estabelece que a Administração Pública deve prestar determinado serviço público (fim), não teria sentido que ela, independentemente da existência de lei ordinária, não pudesse regulamentar a sua prestação (meio). Nestas circunstâncias só alcançarão os seus propósitos se estas (regulamentares) forem admitidas. Com isto não estamos “forçando” o conteúdo da Constituição, mas apenas aplicando o vetusto princípio dos implied powers, por Marshall concebido nos seguintes termos: “legítimo o fim e, dentro da esfera da Constituição, todos os meios que sejam convenientes, que plenamente se adaptem a este fim e que não estejam proibidos, mas que sejam compatíveis com a letra e o espírito da Constituição, são constitucionais.”

³⁹ DE ALMEIDA. Comentários [...]. p. 110. 701.

⁴⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado contemporâneo. Boletim de Direito Administrativo. Maio/2002. P. 380.

Nesta quadra, os *aspectos inerentes* (ou “*meios*”) para o exercício da competência material que envolve o serviço público de Loteria são:

- (i) a quantidade e periodicidade para emissão de bilhetes, listas, cupons etc., seja em ambientes físicos ou não físicos (on-line), e a tecnologia adotada;
- (ii) a destinação das receitas obtidas, a critério do ente estadual⁴¹, com total autonomia e independência;
- (iii) a adoção de critérios para exploração indireta das modalidades, criação de produtos e seu próprio *layout*, *payout*, estratégias de comercialização, forma de controle, publicidade, contratação de permissionários/concessionários e/ou autorizadas;
- (iv) a transparência e publicidade das atividades lotéricas;
- (v) a proteção e prevenção da ludopatia;
- (vi) a regulação e fiscalização;
- (vii) a divulgação de balanços;
- (viii) a definição de padrões de segurança;
- (ix) a exigência de certificação para operadores e equipamentos, entre outros temas que se demonstrem indispensáveis para a viabilidade da exploração do serviço público.

De todos esses temas, um ganha bastante relevância dado o contexto de déficit e restrição fiscal: **cabe ao Estado de São Paulo decidir sobre a destinação da receita da atividade lotérica**, a definição de quais demandas sociais serão contempladas, bem como o quanto a receita será destinada para tornar atrativo, viável e eficiente o produto lotérico estadual. Isto nada mais é do que a expressão de sua capacidade de autoadministração (autonomia) e competência material de ordem financeira.

Por isso, apesar de a Lei n. 13.756/18 fixar regras de destinação de porcentagens da arrecadação da Loteria (conforme dispõem, por exemplo, os arts. 15, 16, 17, 18 e 20 daquele diploma, recentemente alteradas pela Lei 14.183/2021⁴²), não seria razoável supor que o Estado de São Paulo estaria adstrito às alíquotas ou às regras de base cálculo (sobre *turnover* ou *GGR*) lá previstas. Até porque textos legais que versam sobre destinações sociais (como as que dispõe, por exemplo, que “o produto da arrecadação da loteria federal será destinado da seguinte forma [...] c) 1,5% para o Fundo nacional da

⁴¹ A CF/88 indica a seguridade social como destino da receita da exploração dos concursos de prognósticos numéricos, conforme inciso III do artigo 195.

⁴² Todos os citados dispositivos fixam, para cada modalidade lotérica, diferentes alíquotas de destinação social.

Cultura”) possuem natureza jurídica de norma de vinculação pré-orçamentária, tema que não pode um ente federativo “impor” sobre outro.

Outro ponto relevante é **fixação de payout, que se insere dentro da competência legislativa dos Estados**, nomeadamente para conferir ao usuário do serviço público condição mais favorável que a prevista em legislação federal, dado que se trata de matéria de competência concorrente, nos termos do art. 24, VIII, da CF/88.⁴³

A propósito, pronunciamento do Min. Carlos Ayres Britto em voto do julgamento da ADI 2847/DF em 2004⁴⁴ – ainda que em dito de passagem – já compreendia ser cabível na prestação de serviços de loteria a adoção de uma **lógica de competição entre Estados, Distrito Federal e União**, desde que adotadas pelos entes periféricos as normas editadas em lei federal, ressalvadas as “*naturais diferenças de organização administrativa*”:

*“[...] se é correto ajuizar que apenas a União pode originariamente legislar sobre essa ou aquela espécie de sorteio (e assim exclui-lo de ilicitude contravencional), não parece verdadeiro, contudo, afirmar que somente ela pode explorá-lo. 31. Explico-me: A competência para legislar inovadoramente é sempre da União. [...]. Contudo, instituído, ou autorizado que seja um determinado jogo pela pessoa jurídica central da Federação (ainda que por lei ordinária, tão-somente), qualquer das duas unidades estatais periféricas (Estado-membro ou Distrito Federal), **pode concorrer com ela**, União Federal. Pode, no território de cada qual delas, competir com o governo Central pela preferência dos apostados. Desde que se utilize das mesmíssimas normas federais de regência do tema, com adaptações apenas de ordem mecânica ou linear; isto é, **adaptações ditadas pelas naturais diferenças de organização administrativa** de cada uma dessas pessoas federadas periféricas. No uso, porém, de sua competência legislativa na matéria, a **União federal não foi autorizada a reservar para si a exclusividade da exploração de sorteios, de modo a excluir a co-participação dos Estados e do Distrito Federal. E porque não se acha habilitada a monopolizar o setor (todo monopólio é matéria de reserva normativa de tomo constitucional), proibida está de impedir que essas duas tipologias de***

⁴³ Cita-se: “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre [...] VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, **ao consumidor**, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;”

⁴⁴ BRASIL, STF. ADI 2847/DF. Julgado em 05 de agosto de 2004. p. 27. Link: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266940>.

pessoa governamental façam uso da competência residual que se extrai da leitura do art. 25 da Carta de Outubro, litteris: ‘são reservadas aos Estados as competências que não lhe sejam vedadas por esta constituição.’ [...]

Por fim, a reserva desses aspectos ao ente público titular do serviço decorre logicamente dos fundamentos e dos pedidos deferidos pelo acórdão do STF. Se assim não fosse, não teria o Tribunal afastado o art. 32, § 1º do Decreto-Lei n. 204/67, o qual dispõe: *“loterias estaduais atualmente existentes não poderão aumentar as suas emissões ficando limitadas às quantidades de bilhetes e séries em vigor na data da publicação dêste Decreto-lei.”*

Isto leva a concluir que há uma **premissa implícita na *ratio decidendi*** do acórdão da APDF 493: se a emissão de bilhetes, questão eminentemente administrativa com repercussão financeira no funcionamento lotérico, foi afastada sob o argumento de invasão da competência residual dos Estados, também **eventuais ingerências em matérias inerentes ao funcionamento do produto lotérico necessariamente seriam incompatíveis com a constituição e, portanto, nulas.**

Pois quando o *menos* é proibido, o mais também o é. É dizer: ao se reconhecer que a União não pode legislar sobre a emissão de bilhetes e periodicidade nas Loterias Estaduais, é imperioso concluir que também é defeso à União criar normas que imponham aos Estados limitações quanto a fixação de *payout*, destinação de receitas etc, entre outros temas tão ou mais essenciais à atividade lotérica que a questão tratada no art. 32, §1º, do DL 204/67.

Diante disso, o Estado de São Paulo poderá dispor, por lei ou regulamento, acerca dos aspectos elencados acima, para que consiga fomentar a atividade de forma eficiente e que atinja os fins pretendidos, por se inserirem eles dentro da competência material.

3.1.4. Eventuais iniciativas em âmbito federal e estadual sobre a regulação dos serviços lotéricos ou semelhante

As iniciativas sobre a regulação dos serviços lotéricos em âmbito federal, a princípio, não afetam as pretensões do Estado de São Paulo, uma vez que os atuais Projetos de Lei (PL 442/1991, PLS 184/2014 e outros) tratam de modalidades conceituadas como “jogos de azar”, atividades que se caracterizam pela livre iniciativa do empresariado e tem como objetivo o lucro e não a destinação para a seguridade social, que é o caso da atividade lotérica.

Aqueles projetos de lei, seja em tramitação na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal, que fazem referência as Loterias Estaduais, têm a pretensão de delegar competências aos entes federados, condição já superada pela decisão transitada em julgada no Supremo Tribunal Federal, nas já mencionadas ADPF 492/RJ e 493/ABLE. Há dois projetos, ambos em trâmite na Câmara dos Deputados, sobre os quais cabe comentar:

Tabela 02. Projetos de Lei em trâmite no Congresso Nacional

	PL n. 472/2007⁴⁵	PL n. 442/1991⁴⁶
Objeto	Autoriza os Estados e o Distrito Federal a explorar loterias.	Marco Regulatório dos Jogos no Brasil.
Pontos destacados	<ul style="list-style-type: none"> • exploração da atividade diretamente ou mediante concessão; • criação de loterias submetida à prévia aprovação pela União; • proibição de exploração de produtos semelhantes aos já explorados pela CEF; • o produto da arrecadação da atividade lotérica estadual e distrital, no mínimo 30% devem ser destinados às respectivas secretarias do Esporte, Assistência Social e Secretaria da Segurança Pública; • a premiação bruta não poderá ser inferior a 45% do produto da arrecadação; 	<ul style="list-style-type: none"> • Delegação de competência aos Estados e o Distrito Federal para que possam criar, por lei específica, instituição responsável pela regulamentação, licenciamento e exploração de jogos lotéricos e do jogo do bicho, no âmbito de seus respectivos territórios; • Delegação de competência aos Municípios para que possam licenciar a exploração de jogos de bingo em seus territórios; • As delegações aos Estados, DF e Municípios ficam submetidas à regulamentação, pela União; • As destinações percentuais atribuídas à arrecadação das Loterias Estaduais devem se equipara /às destinações percentuais atribuídas a arrecadação das Loterias Federais com fim de equilibrar a competição entre elas;

Necessário advertir novamente que, em que pese disponham os Projetos de Lei sobre proibição de criação de produtos similares aos da União, necessidade aprovação de loterias subnacionais pela União, proibição de criação de produtos lotéricos similares aos da União etc, é necessário ter em vista

⁴⁵ As informações da tabela foram retiradas do substitutivo ao PL n. 472/2007, apresentado em 5 de outubro de 2021 pelo Deputado Fábio Mitidieri. Link: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2084817&filename=SBT+1+CFT+%3D%3E+PL+472/2007.

⁴⁶ Informações retiradas do substitutivo adotado pela Comissão Especial, datado de 30 de agosto de 2016. Link: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1488240&filename=SBT-A+1+PL044291+%3D%3E+PL+442/1991.

os termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nas ADPFs 492 e 493, onde é reconhecida a competência político-administrativa dos Estados e Distrito Federal e dispõe expressamente da proibição de leis federais imporem proibições às atividades lotéricas destes entes.

Por fim, no âmbito estadual do Estado de São Paulo não constam demais iniciativas legislativas sobre a regulação dos serviços lotéricos.

Vale registrar que, **no âmbito municipal**, alguns poucos municípios vêm demonstrando interesse em criar a sua Loteria própria, a exemplo da Loteria do Município de Guarulhos, criada pela Lei 7.912 de 21 de junho de 2021. O Capítulo 3.2.1, mais à frente, tratará do tema com mais detalhes.

Dito isso, o estado de São Paulo tem um novo caminho a percorrer, atento as novas oportunidades estampadas na legislação federal quanto as Loterias Estaduais.

3.2. Mapeamento jurídico-institucional das incertezas, problemas e riscos e possíveis incentivos para potencializar a prestação dos serviços

3.2.1. Loterias municipais

O Estado de São Paulo hoje conta com 645 municípios, cada qual com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira, nos termos do que dispõe o art. 144 da Constituição do Estado de São Paulo, e nos limites do art. 30 da Constituição Federal de 1988.

A eventual criação de Loterias a nível municipal, naturalmente, implicaria a existência de novos produtos, os quais, por sua vez, concorreriam com os produtos lotéricos estaduais, que hoje já se encontram em competição com os produtos da União.

O que justifica endereçar este risco é a **iniciativa da câmara municipal de Garulhos**, onde, a partir da suposição de que a decisão da Suprema Corte no julgamento das ADPFs 492, 493 e ADI 4986 teria também favorecido os municípios, **aprovou-se projeto de lei para explorar serviços lotéricos municipais**.⁴⁷

⁴⁷ O Município aprovou a lei 7.912, de 21 de junho de 2021.

Todavia, salienta-se, há um alto grau de insegurança jurídica na empreitada de Guarulhos, por **não possuir respaldo constitucional e contrariar a posição pacificada pelo STF**, onde persiste a Sumula Vinculante 02/STF, pertinente ao caso.

A matéria já foi julgada pela Corte Suprema (**ADPF 337/Município de Caxias-MA**), em sentido contrário à pretensão dos municípios – sabe-se, antes da publicação do acórdão da ADPF 492, 493 e ADI 4986 – e foi objeto de manifestação de importante parecerista⁴⁸ que discorreu sobre a interpretação dos votos na ação que assegurou aos Estados Membro e Distrito Federal o direito de explorar serviços lotéricos.

Os Municípios possuem tratamento diferente daquele conferido, pela Constituição, aos Estados e Distrito Federal. **Não contam com a competência residual prevista no art. 25, §1º, da CF/88**⁴⁹. A norma constitucional fixa para os municípios o **princípio da tipicidade das competências** e a possibilidade de dispor acerca do que for de interesse local (art. 30, CF/88⁵⁰).

O princípio da tipicidade das competências, que caracteriza a competências legislativa e material no que diz respeito aos municípios, somado à **ausência da competência residual para municípios**, impede estes de constituírem atividade lotérica.

A propósito, eventuais leis municipais, no Estado de São Paulo, que disponham sobre o tema, **poderão ser questionadas por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental perante o STF**,

⁴⁸ Prade, Pericles. Parecer à ABRACOS. Loterias Municipais. 2021.

⁴⁹ Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. § 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição. § 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação. § 3º Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

⁵⁰ Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;

IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual; V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental; VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população; VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

pela ofensa à forma federativa da República e à competência distribuída *numerus clausus* pela CF/88 aos entes federados.

Entendemos, em razão disso, que a **pretensão dos municípios é um risco pouco provável**, por evidentemente não possuir respaldo constitucional e contrariar a posição pacificada pelo STF, onde persiste a Sumula Vinculante 02/STF, pertinente ao caso.

Somado a estes fatores, por fim, há que considerar que municípios representam mercados de tamanhos variados, bem como que, assim como os Estados-membro, **só poderiam comercializar produtos dentro de seus respectivos territórios**; desse modo, o impacto do aparecimento de alguma loteria municipal poderia variar entre alto (uma Loteria na cidade de São Paulo, por exemplo) e baixíssimo (uma loteria de alguma cidade pequena do interior do Estado).

3.2.2. Retomada da LOTEX e regulamentação da aposta esportiva pela União

A última grande “virada de chave” da atividade lotérica se deu com a Lei n. 13.756/2018, que além de consolidar as modalidades previstas até então em diversas leis esparsas, **introduziu na legislação pátria as apostas esportivas de quota fixa**, constituída esta enquanto nova modalidade lotérica.

Mais recentemente, a **Lei n. 14.183/2021 alterou a base de cálculo para a incidência das destinações sociais**, que em vez de recaírem sobre o valor total da arrecadação (“*turnover*”), **passaram a se aplicar sobre o Gross Gaming Revenue (“GGR”)**⁵¹.

Isto denota a atenção do governo federal às demandas do setor e às experiências internacionais mais bem-sucedidas.

Mas, apesar de ter lei federal fixado o prazo de até quatro anos⁵², as apostas esportivas de quota fixa **ainda pendem de regulamentação pelo Poder Executivo federal**. De 2018 até o presente momento foram debatidas formas diferentes de regulamentação e realizaram-se **audiências públicas** para

⁵¹ Em diversas jurisdições mundo afora o GGR é definido, em geral, como o **saldo** da diferença entre o **total da arrecadação de apostas** e o **valor destinado ao pagamento dos prêmios**. Mas na redação introduzida pela Lei 14.183/2021, as deduções vão além das quantias de pagamento de prêmios (art. 30, III). São deduzidas do **total da arrecadação de apostas**, também, (i) o pagamento do valor de imposto de renda incidente sobre a premiação (art. 30, V) e (ii) os *valores destinados para a seguridade social* (art. 30, IV). BRASIL. Lei 13.756. 2018. Link: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13756.htm.

⁵² Segundo o art. 30, §3º, o prazo é de até dois anos, prorrogável por até igual período.

compreender a realidade do setor. Segundo informações da Secretaria de Avaliação, Planejamento, Energia e Loteria (SECAP), o **início das operações se daria no primeiro semestre de 2022**.

Não obstante, com as ADPFs 492 e 493 assegurou-se aos Estados e o Distrito Federal viabilizar a regulamentar todas as modalidades lotéricas previstas em lei federal; logo, **a falta de regulamentação por parte da União não impede que o Estado de São Paulo permita a operacionalização das apostas esportivas de quota fixa**, enquanto modalidade lotérica, dentro de seu território.

Logo, em face do que dispõe a jurisprudência do STF, **é remoto o risco de a União impor proibições em face da exploração de modalidades lotéricas de apostas esportivas de quota-fixa pelos Estados**; de mesmo modo, tendo em vista que é de grande interesse da União manter a exploração em âmbito federal, **também é remoto o risco lei federal excluir as apostas esportivas de quota fixa do rol de modalidades lotéricas disponíveis para exploração pelo Estado de São Paulo**.

Outra iniciativa que merece destaque em âmbito federal é a LOTEX, modalidade lotérica de resultado instantâneo prevista na Lei 13.155/2015 e consolidada na Lei 13.756/2018.

Como se verá no âmbito do Capítulo 4, o Edital de Leilão PPI/PND-2019 não obteve êxito, tendo em vista que o vencedor “Consórcio Estrela Instantânea Loteria SPE S.A.” (CNPJ 33.457.393/0001-16), não atendeu as condições para início da vigência contratual. Assim, o Governo Federal trabalha pela atualização dos estudos anteriores para a **promoção de novo leilão** com a finalidade de contratação de um novo operador para o mercado nacional.

Além disso, os esforços para dar início à operação da LOTEX sofreram um atraso no segundo semestre de 2020 com o julgamento que assegurou a competência dos Estados e Distrito Federal para explorar loterias.

Também merece destaque a informação recente, que em reunião realizada entre a Febralot – Federação Brasileira das Empresas Lotéricas e os executivos da Caixa Econômica Federal, debateu-se sobre a **possibilidade da comercialização de apostas esportivas de quota-fixa**, em regime de não exclusividade (hipótese admitida na própria Lei 13.756/2018).

Demais disso, é necessário reiterar: se há modalidades lotéricas previstas em lei federal para que a União as explore por meio da criação de produtos lotéricos no território nacional, os Estados e o DF

podem fazer o mesmo dentro de seus territórios. Pois é vedado à União impedir, por meio de lei ordinária, o exercício da competência material dos entes subnacionais.

Por outro lado, fato é que com o advento da regulamentação as apostas esportivas, assim como com a retomada da licitação da LOTEX, referidas modalidades poderão acarretar impactos severos sobre as loterias estaduais, **risco esse bastante provável** diante do contexto pontuado nesse capítulo.

Diante desse risco, para viabilizar as delegações pretendidas na presente modelagem com algum grau de segurança jurídica ao futuro operador lotérico, e levando-se em consideração estratégias com menor impacto possível ao Poder Concedente, é que se propõe endereçar soluções distintas para essas modalidades, a depender do Cenário analisado.

Essas estratégias foram endereçadas com as devidas justificativas nos capítulos 7.3 e 7.4.

3.2.3. Superveniência de alterações legislativas pela União

Conforme já abordado por este estudo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal manteve a vigência da Súmula Vinculante n. 2, assegurando à União, no julgamento das ADPFs 492 e 493, ser a única legitimada a inovar e criar modalidades lotéricas.

O exemplo mais recente de inovação são as apostas esportivas de quota-fixa, trazidas no art. 29 da Lei 13.756/2018, as quais passaram a compor o portfólio de modalidades lotéricas disponíveis para exploração, junto com o rol do art. 14 do mesmo diploma.

No entanto, se por um lado a introdução de uma nova modalidade representa um benefício, por outro, a possibilidade de supressão representa uma incerteza e um risco relevante.

Malgrado a União, em tese, prejudicaria a si própria ao suprimir da lei uma modalidade lotérica hoje prevista (já que também não poderia mais comercializar produtos baseados na modalidade lotérica suprimida), a depender do contexto e das contingências envolvidas, isso poderia ser estratégico para suprimir a concorrência de produtos lotéricos seus (da Caixa) com produtos lotéricos estaduais.

De todo modo, o gravoso custo de oportunidade que a União assumiria nessa hipótese leva a concluir que o risco, apesar de alto impacto, **não é muito provável de se concretizar**.

Para além disso, é forçoso retomarmos a discussão acerca dos Projetos de Lei nº 442/1991, que em sua redação atual tem como escopo dispor “sobre a exploração de jogos de fortuna em todo o território nacional” e 472/2007, que tem como escopo autorizar “os estados e o Distrito Federal a explorar loterias”, ambos em trâmite perante a Câmara dos Deputados,

Diante do entendimento sedimentado por meio do julgamento das ADPF nº 492 e 493 pelo STF, restou claro o entendimento pela possibilidade de exploração, pelos Estados e Distrito Federal, dos serviços lotéricos, desde que respeitados os limites territoriais de cada ente federativo.

Mais do que isso, foi firmado o entendimento de que à União compete legislar acerca da exploração lotérica em âmbito federal, bem como sobre as modalidades lotéricas passíveis de exploração, podendo incluir novas modalidades, ou ainda, suprimi-las, enquanto aos Estados e Distrito Federal compete observar as modalidades lotéricas previstas na legislação federal, possuindo competência para legislar sobre os aspectos materiais da referida exploração lotérica.

Nesse sentido, tornou-se **prescindível a promulgação do Projeto de Lei nº 472/2007** em trâmite perante a Câmara dos Deputados, uma vez que seu único intuito é autorizar que Estados e Distrito Federal promovam a exploração de serviços lotéricos, o que já lhes fora garantido por meio dos julgados previamente mencionados.

Não obstante, há de se ressaltar que ao mesmo tempo que a promulgação do Projeto de Lei Federal nº 472/2007 pode gerar benefícios, trazendo maior segurança jurídica à jurisprudência firmada nos autos das ADPF nº 492 e 493, não os sujeitando a posterior alteração de entendimento pelo Supremo Tribunal Federal, também pode reacender a discussão sobre a limitação da competência da União para legislar sobre os serviços lotéricos estaduais, uma vez que impõe destinação específica ao produto arrecadado por meio dos serviços lotéricos⁵³, competência que cabe aos Estados e Distrito Federal nos

⁵³ Projeto de Lei Federal nº 472/2007: “Art. 3º. Do produto da arrecadação das loterias exploradas pelos estados e pelo Distrito Federal, no mínimo 30% (trinta por cento) serão destinados à Secretaria do Esporte, Secretaria de Assistência Social e Secretaria de Segurança Pública ou órgãos equivalentes, nos termos da regulamentação desta Lei.

§ 1º. Cada um dos órgãos estaduais mencionados no caput não podem receber menos de 8% (oito por cento) do produto da arrecadação das loterias, obedecido o mínimo total de 30% (trinta por cento).”

termos da jurisprudência mencionada, além de determinar que as Loterias Estaduais sejam submetidas à prévia aprovação da Secretaria de Fazenda, ou órgão equivalente⁵⁴.

Paralelamente, o **Projeto de Lei nº 442/1991 pode trazer riscos semelhantes**, uma vez que se destina a regular e autorizar a exploração de jogos de azar, dentre os quais inclui os jogos lotéricos e apostas de quota fixa, ambos já caracterizados no rol da Lei Federal nº 13.756/2018.

Há de se ressaltar que referido Projeto de Lei igualmente estipula destinação específica aos recursos provenientes da exploração dos serviços lotéricos⁵⁵, destinação distinta da prevista no artigo 15 da Lei Estadual nº 17.386/2021, que autorizou a exploração da “Loteria Estadual de São Paulo”, cujo resultado líquido se destina ao “custeio de ações voltadas à assistência social e à redução da vulnerabilidade social no Estado”.

Ainda em caráter semelhante ao tratado acima, o artigo 59 do Projeto de Lei nº 442/1991 dispõe que o serviço público de loteria deverá ser operacionalizado e processadas por programas de computadores interligados em tempo real com a União e autoridades tributárias em tempo real⁵⁶, o que não se coaduna com a estrutura proposta em decorrência do ordenamento jurídico vigente.

Contudo, para além de questões que invadam a competência material dos Estados, conforme posto acima, o Projeto de Lei Federal nº 492/1991 estipula, para além dos jogos lotéricos, outras modalidades de jogos. Vejamos:

Art. 12. São considerados jogos de fortuna:

I - jogos de cassino;

II - jogo de bingo;

III – jogos lotéricos federais e estaduais;

⁵⁴ Projeto de Lei Federal nº 472/2007: “Art. 2º. As loterias criadas no âmbito dos estados e do Distrito Federal serão submetidas à prévia aprovação da Secretaria de Fazenda ou órgão equivalente, observados os requisitos estabelecidos na regulamentação desta Lei.”

⁵⁵ Projeto de Lei Federal nº 442/1991: “Art. 58. (...) § 1º. Os recursos provenientes das Loterias, por força do artigo 195, III da Constituição Federal, deverão ser destinados ao financiamento da seguridade social pelo respectivo ente que a instituiu, prioritariamente no financiamento das políticas públicas de proteção dos idosos e subsidiariamente nas seguintes ações: a) amparo as crianças e adolescentes carentes; b) segurança municipal; c) habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência; d) financiamento e promoção do esporte; e) apoio a saúde e pesquisas; f) apoio a assistência social; h) apoio à educação municipal; i) apoio à agricultura municipal.”

⁵⁶ Projeto de Lei Federal nº 442/1991: “Art. 59. A operacionalização do serviço público de loteria em suas diversas modalidades e sub-modalidades serão processadas por programas de computador, interligados em tempo real com a União e autoridades tributárias federal e estadual, em tempo real (on line), nos termos da regulamentação.”

IV - jogo do Bicho;

V – apostas de quotas fixas;

VI – apostas eletrônicas.

Não obstante não se vislumbre qualquer impedimento à exploração dos serviços lotéricos caso referido Projeto de Lei venha a ser publicado na forma de sua proposição atual, é certo afirmar que as **novas modalidades de jogos acarretam em concorrência dos jogos de azar, inclusive o jogo do bicho, para com os produtos lotéricos**, podendo impactar nos valores a serem auferidos pelos Estados mediante exploração dos serviços lotéricos, caso venham a ser instituídos.

Muito embora haja uma nítida distinção entre os produtos lotéricos – com destinação social de seus recursos – e dos demais jogos de fortuna – que visam a obtenção de lucro –, tal distinção pode não ser perceptível aos apostadores, que optarão pela realização de apostas nas modalidades que lhes gerarem maior lucro.

3.2.4. Inaplicabilidade das diretrizes contratuais e de organização dos serviços previstos no Decreto-Lei nº 6.259/1944

Em que pese a existência de diversas diretrizes constantes do Decreto-Lei nº 6.259, de 10 de fevereiro de 1944, entendemos que o regramento ali disposto não é aplicável às loterias estaduais, em razão da já mencionada decisão do STF no julgamento das ADPFs nº 492 e 493 e da ADI nº 4986.

Fato é que as disposições ainda vigentes do referido Decreto-Lei não foram enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal nos precedentes já mencionados. E, por supostamente se tratarem de normas gerais, seriam, pelo menos em tese, aplicáveis às loterias estaduais.

Ocorre, contudo, que alguns dispositivos do Decreto-Lei terminam por extrapolar o que se entende por norma geral.

Ora, tendo o STF decidido que os Estados possuem competência e autonomia para organizar e explorar os serviços lotéricos, não cabe à União se imiscuir sobre as questões atinentes à organização e exploração dos serviços. A *ratio decidendi* elencada a partir das já comentadas ADPFs, portanto, nos leva à inaplicabilidade de algumas normas instituídas pelo Decreto-Lei nº 6.259/44, então direcionadas às loterias estaduais.

Discussão semelhante foi travada em relação à Lei de PPPs – nº 11.079/2004. Naquela oportunidade, diversos autores alertaram – e ainda alertam – para o fato de a União veicular normas que deveriam, na verdade, ser reguladas pelos demais entes federativos. As lições de Fernando Dias Menezes de Almeida ilustram bem o debate.⁵⁷

“Portanto, ao tratar, neste art. 5º, das cláusulas dos contratos de PPP, seria mais adequado que se as entendesse aplicáveis aos contratos celebrados pela União, restando a Estados e Municípios margem para definir por leis próprias o regramento das cláusulas contratuais que julgassem cabíveis para o contrato em questão.”

E a competência material dos Estados para regulamentar seus serviços lotéricos ficou estipulada de forma cristalina no acórdão do STF, podendo-se mencionar importante trecho do voto do Ministro Relator, Gilmar Mendes, que asseverou o seguinte:

“No entanto, o simples fato de a CF/88 ter atribuído à União a competência legislativa sobre a matéria de modo algum preclui a exploração material do serviço pelos Estados. Basta lembrarmos que, desde 1932, todas as consolidações normativas sobre loterias foram veiculadas por lei federal e todas elas, sem exceção, expressamente autorizavam a exploração de loterias em âmbito estadual. Nessa matéria não podemos cair na armadilha de confundir a competência legislativa sobre determinado assunto com a competência material de exploração de serviço a ele correlato. Lograr em tal impropriedade técnica seria tomar a nuvem por Juno.

*Isso porque o art. 22, XX, da Constituição confere **competência privativa** da União apenas para **legislar** sobre a matéria. Sendo a competência prevista apenas formal, a esse dispositivo não se pode conferir interpretação estendida para também gerar uma **competência material** exclusiva do ente federativo, que não consta do rol taxativo previsto no art. 21 da Constituição. (...)*

Portanto, o comando constitucional do art. 22, XX, afasta a competência legislativa dos Estados-membros e do Distrito Federal, mas não a competência material, executiva, de tal serviço público.”

É dizer, o reconhecimento da competência exclusiva da União para legislar sobre a matéria não significa que os Estados não detenham competência para organizar os serviços da forma que entenderem ser a melhor para a execução dos serviços. Daí a razão para se afastar regras da União

⁵⁷ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Comentários ao art. 5º. In DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael; AURÉLIO, Bruno; FREIRE, André Luiz (coords.). **Parceria Público-Privadas: Teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 72.

que interfiram diretamente na organização dos serviços, como aquelas provenientes do Decreto-Lei nº 6.259/1944. A ver.

Por exemplo, não pode se entender como aplicável o prazo máximo de 5 (cinco) anos previsto no artigo 9º, item “1” do Decreto-Lei. Evidentemente, o prazo de concessão, assim como as demais questões relacionadas à organização da prestação dos serviços, deve ser estipulado de acordo com toda as peculiaridades da modelagem do projeto, de forma que proporcione saúde econômico-financeira tanto ao Estado quanto ao particular ao longo dos anos.

Como cada Estado guarda sua particularidade em termos demográficos e extensão territorial, por certo que o desenvolvimento do projeto, a partir das modalidades constituídas pela União, demandarão volume específico de investimentos, não se justificando a padronização de prazo para a exploração dos serviços mediante concessão.

Nesse sentido, o estabelecimento de um prazo aquém do necessário para amortização dos investimentos gerará enorme passivo ao Estado ao final do contrato, o que pode ser evitado ou pelo menos mitigado pela fixação de um prazo adequado, que permita ao operador lotérico obter a amortização por meio da exploração dos serviços, sem criar qualquer dívida ao Poder Concedente.

Por outro lado, também não se pode admitir a fixação de prazo muito extenso, além do necessário à realização dos investimentos pelo particular, sob pena de enriquecimento da concessionária sem qualquer contrapartida ao Poder Público e à população.

Bernardo Strobel Guimarães, em texto dedicado ao tema, comenta que:⁵⁸

*“(...) existe uma correlação entre o prazo do contrato e a amortização dos investimentos exigidos do particular. Assumindo deliberadamente o caráter acaciano da alegação, investimentos vultosos exigirão maiores prazos de vigência contratual, compatíveis com sua amortização. Enfim, **investimento e prazo encontram-se em relação de direta proporcionalidade**”*

Justamente por essas razões é que não se pode admitir que a União determine o prazo máximo dos contratos de concessão para os serviços lotéricos explorados pelos demais entes federativos. O prazo

⁵⁸ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **A força normativa do que lá não está: inconstitucionalidade das normas estaduais e municipais que fixam prazo máximo para as concessões comuns**. In: Crise Econômica e Soluções Jurídicas, n. 59/2015, dezembro de 2015

não é norma geral, mas sim deve ser definido de acordo com as especificidades das modelagens adotadas pelos Estados e pelo Distrito Federal.

Importa dizer, ainda, que nem mesmo o **Edital de Concessão da LOTEX**, estruturado pela União, observou o limite de cinco anos imposto pelo Decreto-Lei. Com efeito, a Cláusula 1.5 do Edital previu o prazo de 15 (quinze) anos para exploração dos serviços pela concessionária.

Ou seja, nem a própria União observou o mencionado prazo quando da promoção de sua única (até o presente momento) concessão de serviços lotéricos, evidentemente por entender que qualquer prazo inferior a quinze anos seria insuficiente para amortizar os investimentos realizados pelo particular.

Da mesma forma, ademais, também **não compete à União** (i) estipular se os serviços **devem ou não ser delegados em um único lote** (artigos 4º e 9º, “3” do Decreto-Lei); (ii) **proibir a prorrogação dos contratos** (art. 8º); ou (iii) **impedir participação de empresas estrangeiras** (art. 7º).

A uma, porque a organização dos serviços para uma ou mais concessões é análise que também depende das características do mercado regional e seu potencial de sustentar a viabilidade econômica de um ou mais lotes. Assim como no prazo, a União não deve padronizar a organização dos serviços. Além disso, já há norma superveniente ao Decreto-Lei⁵⁹ prevendo que a exploração das apostas de quota fixa se dará em ambiente concorrencial, mediante concessão ou autorização, o que implica reconhecer a supressão tácita do disposto nos artigos 4º e 9º do Decreto.

A duas, porque a Constituição Federal admitiu expressamente a possibilidade de prorrogação dos contratos de concessão e permissão de serviços públicos, sendo cabível sustentar a interpretação de que o texto constitucional não recepcionou o art. 8º do Decreto-Lei, ante o disposto no art. 175, parágrafo único, inciso I da CF.⁶⁰

⁵⁹ Nesse sentido, a Lei Federal nº 13.756/2018: “Art. 29 (...) § 2º A loteria de apostas de quota fixa será autorizada ou concedida pelo Ministério da Fazenda e será explorada, exclusivamente, em ambiente concorrencial, com possibilidade de ser comercializada em quaisquer canais de distribuição comercial, físicos e em meios virtuais.”

⁶⁰ Constituição Federal: “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o **caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação**, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;”

Por fim, porém não menos importante, não se deve admitir a exclusão de licitantes estrangeiras, sobretudo pelo potencial de se agregar expertise internacional de outros *players* atuantes em mercados que, diferentemente do contexto brasileiro, operam em regime concorrencial.

Nesse sentido, o Edital de Concessão da LOTEX, além de estipular prazo maior que o de cinco anos, também permitiu a participação de empresas estrangeiras.⁶¹ Novamente, verifica-se que nem mesmo a União aplicou as diretrizes do Decreto-Lei nº 6.259/44, já que terminam por impedir o melhor desenho do Edital e, conseqüentemente, a contratação do melhor Parceiro Privado, o que, evidentemente, vai contra o principal desiderato do certame licitatório.

Em síntese, todos esses dispositivos fogem do escopo de norma geral e vão de encontro ao que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal em relação à competência dos Estados e do Distrito Federal para delimitar as diretrizes de organização de suas respectivas loterias.

Como pontua André Luiz Freire, *“a União não pode utilizar das normas gerais para restringir indevidamente a autonomia dos entes federativos”*.⁶²

Cabe aos estados-membros e ao Distrito Federal, na linha do que foi decidido pelo STF, avaliar os diferentes cenários e possibilidades de exploração e definir, no âmbito de suas competências e observando as normas gerais editadas pela União, qual seria o melhor prazo do contrato; se o contrato poderá ser prorrogado; se empresas estrangeiras podem prestar o serviço; se os serviços podem ser delegados em um ou mais blocos e assim por diante.

Por veicular dispositivos que extrapolam o conceito de norma geral, adentrando a esfera de organização da prestação dos serviços lotéricos, em clara dissonância à ratio decidendi do acórdão das ADPFs, é que entendemos que **não são aplicáveis às loterias estaduais os artigos do Decreto-Lei nº 6.259/44** que tratam das diretrizes de organização dos serviços lotéricos, devendo ser preservado o pacto federativo e a autonomia dos Estados e do Distrito Federal na regulação de suas loterias.

⁶¹ Cf. Cláusula 5.1 do Edital “**5.1.** Poderão participar do Leilão, isoladamente ou em Consórcio, de acordo com os termos deste Edital: I. pessoas jurídicas brasileiras ou estrangeiras (...)”.

⁶² FREIRE, André Luiz. **Saneamento básico: competências constitucionais para criar, organizar e prestar os serviços públicos**. Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direitos Difusos e Coletivos. Nelson Nery Jr., Georges Abboud, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/329/edicao-1/saneamento-basico:-competencias-constitucionais-para-criar,-organizar-e-prestar-os-servicos-publicos>>. Acesso em 30/09/2021.

3.2.5. Incentivos

A regulação de incentivos pressupõe a implementação de normas que encorajem os operadores a perseguirem objetivos compatíveis com o interesse público. Segundo a lição de David Sappinton:⁶³

Incentive regulation can be defined as the implementation of rules that encourage a regulated firm to achieve desired goals by granting some, but not complete, discretion to the firm.

Naturalmente, o operador lotérico é quem possui as informações essenciais sobre o serviço prestado, como custo, hábitos dos consumidores etc. Soma-se a isso o interesse do agente privado, que como toda empresa, visa maximizar seus resultados e obter lucro.

Daí que uma moldura regulatória eficiente deve trabalhar com os incentivos necessários para, justamente, conciliar o interesse particular com o interesse público, de modo que as informações e os interesses do setor regulado repercutam, ao fim do dia, em benefícios para toda coletividade.

Nesse espírito, pode-se elencar os seguintes incentivos regulatórios: (i) a possibilidade de introdução de novas modalidades lotéricas; (ii) a possibilidade de celebração de convênios com outras instituições lotéricas para realizar sorteios conjuntos; (iii) plano lotérico flexível; e (iv) redução da atividade informal, mediante subcontratação. É o que se verá.

3.2.5.1. Possibilidade de introdução de novas modalidades lotéricas

A princípio, uma vez que cabe somente à União legislar nesse sentido, a introdução de novas modalidades lotéricas constitui-se uma incerteza.

No entanto, a solução encontrada pelo Brasil com relação às apostas esportivas, ao introduzi-las no país enquanto serviço público, sinaliza um grande potencial a esse mercado, pois tornou factível a transformação, em modalidade lotérica, de atividades que em outras jurisdições são tradicionalmente

⁶³ SAPPINTON, David E. M. *Designing Incentive Regulation. Review of Industrial Organization*. V. 9, p. 1994, p. 246. (“A regulamentação de incentivo pode ser definida como a implementação de regras que incentivam uma empresa regulamentada a atingir os objetivos desejados, concedendo à empresa uma certa discricionariedade, mas não completa”).

exploradas exclusivamente pelo setor privado, como atividade econômica típica (como é o caso das próprias apostas esportivas de quota-fixa).

Enfim, é razoável concluir que há vantagens, para a União, em instituir novas modalidades lotéricas.

Por fim, ressalte-se que caberia ao Poder Concedente definir, diante de uma eventual criação de nova modalidade lotérica, como se daria a delegação da referida atividade ao setor privado. Daí surge a opção ao Estado em incluir a nova modalidade no escopo das delegações estaduais existentes ou realizar licitação para eventual nova modalidade.

O que irá determinar a possibilidade da inclusão ou não da modalidade nos contratos existentes será compreender sua **viabilidade econômica e/ou operacional de exploração autônoma**,⁶⁴ na medida em que o serviço em si guarda pertinência com a natureza do objeto dos serviços então concedidos (seja no Cenário A ou no Cenário B).

3.2.5.2. *Possibilidade de celebração de consórcios públicos ou celebração de convênios de cooperação com outras instituições lotéricas para realização de sorteios conjuntos*

A possibilidade apresentada decorre do art. 278 da Constituição de 1988⁶⁵ e da Lei n. 11.107/05, que estabelece mecanismos de gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoas e bens essenciais à continuidade das atividades transferidas.

⁶⁴ É o que infere Gabriela Engler, a partir da análise do referido critério pela perspectiva de geração de caixa isolada do investimento, ao ponto de tornar a licitação insustentável (avaliação econômica), como também pela ótica das interferências operacionais de investimentos segregados (avaliação operacional): “Já o requisito de vinculação se manifesta, a partir das respostas às perguntas mencionadas acima, na identificação de elementos que evidenciem a compatibilidade operacional do novo investimento em expansão da infraestrutura. Aliás, se o novo investimento, mesmo que viável economicamente, não for viável de forma autônoma da perspectiva operacional, então estará legitimada a alteração contratual para inclusão do novo investimento. Imagine-se os desafios operacionais, por exemplo, de uma concessionária responsável pela operação e manutenção de rodovia cujos investimentos para duplicação são licitados separadamente. Os problemas de interface e de disputa sobre quem é responsável por determinada atividade ou evento seriam bastante significativos e potencialmente inviabilizadores, na prática, da expansão como empreendimento autônomo.” (PINTO, Gabriela Miniussi Engler. Novos investimentos em concessões e PPPs: contornos e limites. Comissão de Infraestrutura e Desenvolvimento Econômico da OAB/RJ (org.). Infraestrutura Fluminense: um panorama dos atuais desafios jurídicos, 2019, pp. 179-212).

⁶⁵ A União, os Estados o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Pelo que dispõe a Lei n. 11.107/05, podem os consórcios se constituírem como associação pública ou associação civil, a depender do conteúdo do Protocolo de Intenções. O Consórcio de Direito Público é uma associação pública de natureza autárquica, integrante da administração indireta. Enquanto uma opção da administração do Estado, o consórcio será formalizado mediante os respectivos atos constitutivos, o qual por sua vez será celebrado com a ratificação, mediante lei, do protocolo de intenções.

Sendo optado pela via contratual, sem a constituição da entidade consorciada, celebra-se convênio de cooperação, cujas diretrizes da celebração de consórcio público também se aplicam a este instrumento.⁶⁶

Portanto, é plenamente factível que estados e o Distrito Federal – que possuem a competência material –, consorciem-se ou celebrem convênio de cooperação para realizar sorteios conjuntos, a exemplo do que ocorre com a *PowerBall*, famoso produto comercializado nos Estados Unidos da América, conhecido por pagar prêmios de expressivo valor.⁶⁷

O *PowerBall* é de propriedade da Multi-State Lottery Association, associação formada por 38 loterias estaduais americanas, a qual se responsabiliza pela administração, pagamento de prêmios e assume os riscos da atividade.⁶⁸

Destarte, podem os Estados-membro com instituições lotéricas consorciarem-se com a finalidade de criar um produto que possua alcance dentro dos respectivos territórios.

3.2.5.3. Plano lotérico flexível

Como dito ao início, a flexibilidade dos planos lotéricos se reflete em relevante incentivo à exploração eficiente dos serviços que pretende delegar. Para compreender, propomos a conceituação de **plano lotérico** como o *conjunto de regras que define a quantidade e preço das apostas, a quantidade, a qualidade e o valor dos prêmios, a probabilidade de premiação, o prazo previsto de circulação e as demais especificações que compõem um produto lotérico e/ou uma série de sorteios e produtos.*

⁶⁶ Nos termos da Lei Federal nº 11.107/05: “Art. 1º (...) § 4º Aplicam-se aos convênios de cooperação, no que couber, as disposições desta Lei relativas aos consórcios públicos.”.

⁶⁷ O recorde atual de prêmio de loteria com maior valor é de um produto Powerball, que entregou um prêmio de R\$ 1,586 bilhão de dólares em janeiro de 2016 para três apostadores, da Califórnia, Florida e do Tennessee. *ApNews.com.*, 10 largest US jackpots. 21/01/2021. Link: <https://apnews.com/article/archive-6d98eff765c9e2f4b683671311fe5b8b>.

⁶⁸ Link: <https://www.musl.com/index.html>.

Isso significa que aquele que explore o serviço público de loterias deve ter meios de adequar o produto lotérico ao demandado pelo mercado e, via de consequência, buscar o melhor resultado pela exploração em tela. Ocorre que essa dinâmica exige muito além do que a ideia de liberdade de preços, regime este que se justifica pelas razões pontuadas no capítulo 6.2.

Para além do plano lotérico, também cabe notar que o **plano de premiação** é integrante do conjunto de elementos do plano lotérico. Por oportuno, propomos o seguinte conceito: *conjunto de regras que definem os bens que serão entregues aos apostadores vencedores, bem como a forma de resgate, prazos de prescrição, fórmula do cálculo do prêmio para apostas de cota fixa ou rateio entre os vencedores.*

Com efeito, enquanto o documento amplo (plano lotérico) descreve as características do produto, estratégias de venda e assim por diante, o segundo documento (plano de premiação) é focado naquilo que será entregue como prêmio ao consumidor vencedor, os tributos incidentes e demais elementos que sejam definidos como *payout*.

É importante notar que avaliações sobre grades de custos de logística, impressão, marketing e assim por diante (custos unitários) não é relevante do ponto de vista daquilo que será revertido em favor do Poder Público. Vamos esclarecer: a grade de custos entre produtos físicos e não físicos (*online*) é diferente e a demanda sobre eles pode variar tanto no tempo, quanto no espaço geográfico. Daí que ter liberdade na formatação é fundamental para manter os produtos competitivos.

Paralelamente podemos destacar que um jogo pode ter um *payout* de até 80% (ou mais), com periodicidade variada, mas que diante de um plano lotérico seja extremamente vantajoso (lucrativo). Da mesma maneira um bilhete de loteria instantânea **on-line** não precisa ter um valor de face de R\$ 2,00 ou R\$ 3,00 (valores tradicionais) porque a grade de custos é diferente (não tem impressão ou estocagem, por exemplo). Assim, ele pode custar centavos e mesmo assim ser lucrativo em função da sua escala e recorrência de consumo.

Em síntese: as possibilidades são inúmeras e o aproveitamento das oportunidades de mercado deverá ser avaliado continuamente pelo agente explorador do serviço em foco e, por conseguinte, ele será responsável pela apresentação dos planos lotéricos, os quais, por sua vez, deverão ser objeto de prévia anuência do Poder Concedente – ainda que pela estrutura reguladora indicada – antes de posto em prática.

Da mesma maneira é que podemos afirmar que cabe ao operador lotérico, devidamente supervisionado pelo Poder Público, apresentar os planos lotéricos e se comprometer com o atingimento dos resultados financeiros ao longo do contrato.

O que realmente importa para o Poder Público é o resultado efetivo do produto lançado. Tal mecânica proporcionará maior flexibilidade na elaboração dos planos lotéricos com relação ao plano de premiação, pagamento de pontos de vendas, publicidade do produto e assim por diante.

Essa *flexibilidade*, destacamos por mais um turno, é necessária para o melhor aproveitamento das oportunidades de mercado, cabendo ainda lembrar que o Poder Público, seja na exploração direta, seja na qualidade de agente regulador do serviço, sempre terá a prerrogativa de aprovar ou não as características dos jogos.

3.2.5.4. *Redução da atividade informal, mediante subcontratação*

No decorrer do presente Relatório, por diversas vezes fora sugerida a existência de jogos explorados em caráter ilícito e, conseqüentemente, informal, como ocorre, por exemplo, no caso do “jogo do bicho” modalidade que, inclusive, pode vir a ser legalizada caso ocorra a aprovação do Projeto de Lei Federal nº 442/1991, conforme abordado no tópico 3.2.3.

É sabido, contudo, que em decorrência do quase monopólio exercido pela União até os dias atuais, é ampla a exploração de jogos informais em território nacional, incluindo-se o Estado de São Paulo, que figura como Poder Concedente em relação ao Projeto em voga.

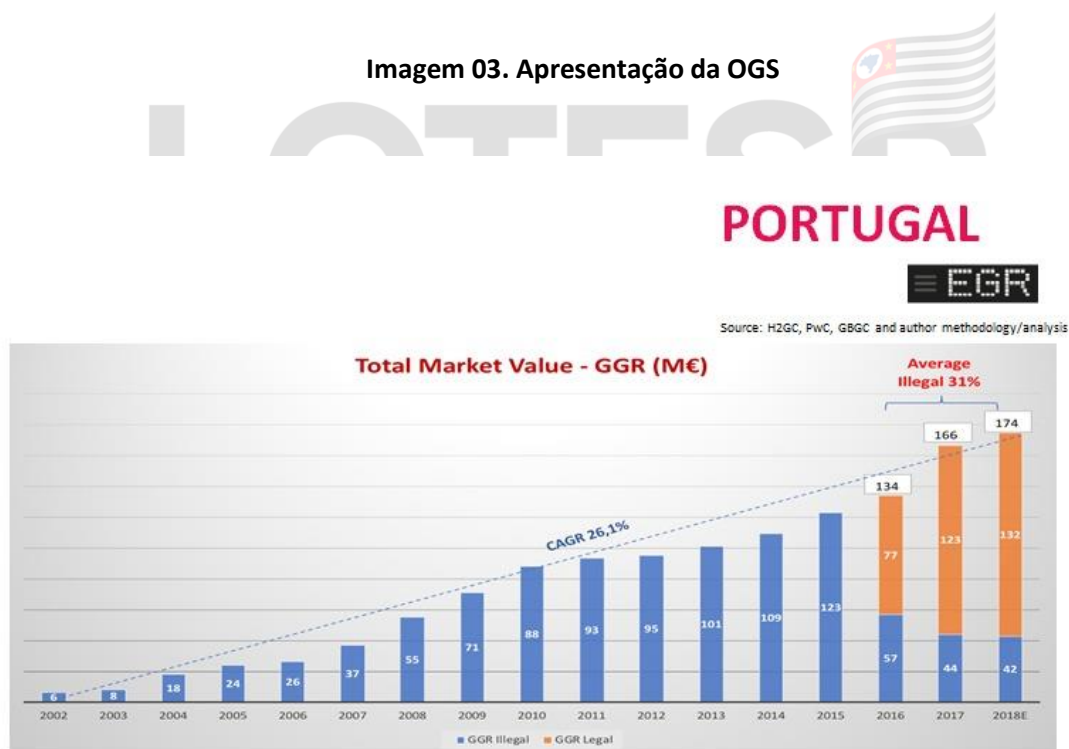
Em razão de seu caráter informal, não existem dados oficiais sobre a dimensão dos jogos informais no Brasil. Contudo, em audiência da comissão especial do marco regulatório dos jogos ocorrida em 02/02/2015, o então Vice-presidente de fundos de governo e loterias da Caixa Econômica Federal, Fábio Cleto, estimou um movimento anual de apostas estimados em até R\$ 1,8 bilhão em relação aos bingos, até R\$ 3 bilhões para os cassinos e entre R\$ 1,3 bilhão e R\$ 2,8 bilhões para o jogo do bicho⁶⁹.

⁶⁹ Disponível em <<https://www.camara.leg.br/noticias/477223-caixa-estima-que-legalizacao-de-jogos-pode-quintuplicar-arrecadacao-do-pais/>>. Acesso realizado em 14/10/2021.

Tal informação, ainda que referente ao ano de 2015, mostra o elevado valor movimentado pelo setor informal no Brasil, diante de um cenário de baixa exploração de jogos de sorte. Em função deste elevado montante, são inúmeros os pontos de venda que se destinam a comercialização de jogos informais.

Ocorre, entretanto, que a exploração de produtos lotéricos em ambiente regulado pode ser uma relevante ferramenta para a diminuição dos jogos informais, inclusive de seus pontos de venda, dirigindo o público ao consumo dos jogos legalizados.

Em apresentação de Rui Magalhães na *Online Gaming Summit Brazil* (OGS), realizada em 3 e 4 de dezembro de 2018 na cidade de São Paulo – SP, foi exposto o seguinte gráfico demonstrando o decréscimo do *Gross Gaming Revenue* (GGR), equivalente ao resultado líquido dos jogos, ilegal após sua devida regulamentação.



Denota-se do referido gráfico que, após a legalização dos jogos ocorrida no ano de 2016, existe uma **vertiginosa redução do resultado do mercado ilícito** quando, em contrapartida, verifica-se o aumento do resultado decorrente dos jogos legalizados.

Levando-se em consideração essa tendência, com o aumento do interesse do público consumidor nos jogos legalizados, que por certo lhes garante maior segurança, é possível afirmar que haverá **incremento também do número de pontos de venda destinados à sua comercialização**.

A movimentação óbvia, assim, é que os pontos de venda que se desempenhem a comercialização de jogos informais passem a comercializar os produtos lotéricos legalizados. E isso é possível por meio das **subcontratações realizadas pelo Operador Lotérico** para atrair-los como pontos de venda.

Conforme narrado em todos os produtos desenvolvidos pelo Consórcio Lotesp, indica-se que a exploração dos serviços lotéricos se dê por meio de concessão comum, exceto no caso da modalidade de aposta esportiva de quota fixa no Cenário B, onde sugere-se o regime de autorização.

Diante disso, o Operador Lotérico – responsável pela exploração dos serviços lotéricos – será responsável pela disponibilização de pontos de vendas suficientes para a distribuição dos produtos lotéricos em comercialização mediante subcontratação.

Tais subcontratações, assim, compreendem um expressivo benefício decorrente da implementação da exploração dos serviços lotéricos, contribuindo para a redução de comercialização de jogos informais, trazendo à legalidade uma série de estabelecimentos e empresas que atualmente figuram como pontos de venda para os produtos explorados em caráter informal.

4. BENCHMARKING JURÍDICO E INSTITUCIONAL

4.1. Exposição da Análise

4.1.1. União federal

4.1.1.1. Exploração de serviços lotéricos no âmbito federal

Para melhor compreensão dos serviços lotéricos e de sua organização, é necessário retomarmos alguns conceitos já explorados no presente Produto acerca do arcabouço normativo relacionado às loterias no Brasil.

Os serviços lotéricos foram disciplinados por meio do Decreto-Lei Federal nº 6.259/1944, que os caracterizou como atividade comercial e, em seu artigo 4º, autorizou sua exploração pela União e pelos Estados⁷⁰.

Entretanto, referido Decreto fora parcialmente revogado pelo Decreto-Lei Federal nº 204/1967. Referida norma determinou que a exploração de loterias, enquanto atividade que implica derrogação excepcional das normas de Direito Penal, constituiria um serviço público exclusivo da União, sequer sendo suscetível de delegação a terceiros⁷¹.

Foi, ainda, por meio do Decreto-Lei em questão, que os serviços lotéricos explorados em âmbito federal passaram a ser executados pelo Conselho Superior das Caixas Econômicas Federais e com a colaboração das Caixas Econômicas Federais. Confira-se:

Art. 2º - A Loteria Federal, de circulação, em todo o território nacional, constitui um serviço da União, executado pelo Conselho Superior das Caixas Econômicas Federais, através da Administração do Serviço de Loteria Federal, com a colaboração das Caixas Econômicas Federais. Parágrafo único. As Caixas Econômicas Federais, na execução dos serviços relacionados com a Loteria Federal, obedecerão às normas e às determinações emanadas daquela Administração.

⁷⁰ Decreto-Lei nº 6.259/1944: “Art. 4º. Somente a União e os Estados poderão explorar ou conceder serviço de loteria, vedada àquela e a estes mais de uma exploração ou concessão lotérica.”.

⁷¹ Decreto-Lei Federal nº 6.259/1944: “Art. 1º. A exploração de loteria, como derrogação excepcional das normas do Direito Penal, constitui serviço público exclusivo da União não suscetível de concessão e só será permitida nos termos do presente Decreto-lei.”.

Em síntese, referidas normas deram os contornos jurídicos mínimos dos serviços lotéricos, sendo o último diploma responsável pela sua caracterização como serviço público, cuja exploração caberia, naquele momento, à União.

Esse entendimento foi replicado no Decreto-Lei Federal nº 759/1969 – que criou a Caixa Econômica Federal –, ao instituir em seu art. 2º, alínea “d”, como uma das finalidades da CEF “explorar, com exclusividade, os serviços da Loteria Federal do Brasil e da Loteria Esportiva Federal, nos termos da legislação pertinente”.

Tudo isso corrobora com o entendimento de que, em âmbito Federal, a própria União é a titular do serviço público de loterias, enquanto a Caixa Econômica Federal é autorizada, mediante Lei, a exercer a exploração das modalidades lotéricas comercializadas atualmente.

4.1.1.2. Modalidades lotéricas exploradas pela CEF

Conforme exposto, a CEF explora os serviços lotéricos em âmbito nacional. Passaremos a expor, agora, as modalidades lotéricas exploradas pela CEF.

Conforme disposto na Circular Caixa nº 942/2021⁷² – que regulamenta as permissões lotéricas –, os produtos lotéricos comercializados nas agências lotéricas permissionárias podem ser divididos em duas modalidades: (i) loteria de bilhetes; e (ii) loteria de prognósticos.

A loteria de bilhetes, que recebe o nome de “Loteria Federal”, consiste em modalidade composta por uma quantidade pré-fixada de bilhetes previamente numerados, sendo atribuídos prêmios mediante a realização de sorteios, conforme Plano de Sorteio previamente definido. Trata-se de modalidade correspondente à “loteria federal (espécie passiva)”,⁷³ modalidade prevista no art. 14, § 1º, inciso I da Lei Federal nº 13.756/2018.

⁷² Disponível em <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/circular-caixa-n-942-de-19-de-marco-de-2021-309645097>>. Acesso realizado em 31/08/2021.

⁷³ Conforme exposto no tópico 3.1.3.1, tratamos como “Modalidade Lotérica Passiva”.

A loteria de prognósticos, por conseguinte, se divide em três tipos: (a) loteria de prognósticos numéricos;⁷⁴ (b) loteria de prognósticos esportivos;⁷⁵ e (c) loteria de prognóstico específico.⁷⁶ Assim como no caso anterior, tais modalidades também encontram guarida na legislação federal, estando previstas no artigo 14, § 1º, incisos II, III e IV, da Lei Federal nº 13.756/2018.

Os concursos de prognósticos numéricos comercializados pela Caixa Econômica Federal foram autorizados como modalidade lotérica pela Lei Federal nº 6.717/1979 e são regidos pelo Decreto-Lei nº 204/1967, bem como por normas expedidas pelos órgãos competentes (Ministério da Fazenda – atual Ministério da Economia – e CEF).

Segundo constou da apresentação “Ambiente Macroeconômico Brasileiro e LOTEX”⁷⁷ quando do Road Show para concessão da LOTEX, a modalidade lotérica de prognósticos numéricos é explorada pela CEF, conforme os seguintes produtos: Lotomania, Quina, Mega-Sena, Lotofácil, Dupla Sena, Dia de Sorte e Super Sete, os quais representam a maior parte dos produtos comercializados pelos agentes lotéricos.

Já os produtos comercializados pela CEF como modalidade lotérica de prognósticos esportivos são a Loteca e a Lotogol.

O Decreto-Lei nº 594/1969 autorizou a exploração dos concursos de prognósticos esportivos como modalidade de loteria esportiva federal. Esses concursos são, ainda, regulamentados pela Portaria nº 356/1987 do Ministério da Fazenda (Norma Geral dos Concursos de Prognósticos Esportivos) e pelo Manual de Produtos Lotéricos de autoria da CEF⁷⁸.

Por fim, o produto comercializado pela CEF como modalidade lotérica de prognósticos específico é a Timemania.

⁷⁴ Conforme exposto no tópico 3.1.3.1, tratamos como “Modalidade Lotérica de prognósticos numéricos”.

⁷⁵ Conforme exposto no tópico 3.1.3.1, tratamos como “Modalidade Lotérica de prognósticos esportivos”.

⁷⁶ Conforme exposto no tópico 3.1.3.1, tratamos como “Modalidade Lotérica de prognóstico específico”.

⁷⁷ Disponível em: <<https://www.bndes.gov.br/wps/wcm/connect/site/ff5cf4bf-ad33-4b7a-943e-15e69b316e07/LOTEX+-+Ambiente+Macroecon%C3%B4mico+Brasileiro+e+LOTEX.pdf?MOD=AJPERES&CVID=n0RU2gP>>. Acesso realizado em 31/08/2021.

⁷⁸ Disponível em <https://www.caixa.gov.br/Downloads/loterias-manual-de-produtos/MANUAL_DE_PRODUTOS_v3.pdf>. Acesso realizado em 31/08/2021.

A modalidade de prognóstico específico foi caracterizada como modalidade lotérica federal pela Lei Federal nº 11.345/2006 e é regulamentada pelo Decreto-Lei Federal nº 204/1967, pelo Decreto Federal nº 6.187/2007 e por normas expedidas pelos órgãos competentes (Ministério da Fazenda – atual Ministério da Economia – e CEF).

Embora tenha sido apontado no decorrer do texto, é importante ressaltar que todas as modalidades lotéricas aqui previstas e exploradas pela CEF encontram-se previstas no art. 14, § 1º, da Lei Federal nº 13.756/2018, que consolida as modalidades lotéricas passíveis de exploração em território nacional.

Além das modalidades analisadas previamente, o art. 14, § 1º, da Lei Federal nº 13.756/2018 prevê, ainda, como modalidade lotérica, a “loteria instantânea exclusiva (Lotex)”, modalidade lotérica que apresenta, de imediato, se o apostador foi ou não agraciado com alguma premiação. Essa modalidade ainda não foi implantada em território nacional e será objeto de capítulo específico adiante.

4.1.1.3. Permissões às agências lotéricas

Muito embora seja atribuída à Caixa Econômica Federal a exploração dos serviços lotéricos, a comercialização dos produtos desenvolvidos pela CEF e previamente analisados neste Produto ocorrem mediante a emissão de permissões precedidas de certame licitatório.

A Lei Federal nº 12.869/2013 dispõe “sobre o exercício da atividade e a remuneração do permissionário lotérico”, estabelecendo critérios para sua contratação e fixa outras providências acerca de atividades econômicas complementares que venham a ser exercidas.

Conforme disposto no artigo 3º, inciso VI da Lei Federal nº 12.869/2013, as permissões possuem o prazo de 20 (vinte) anos, devendo constar em contrato a renovação automática da permissão por igual período, ressalvadas as hipóteses de rescisão contratual, declaração de caducidade por descumprimento contratual, ou a extinção da permissão.

Referido artigo 3º⁷⁹ prevê, aliás, as diretrizes que deverão, obrigatoriamente, ser observadas nos editais de licitação de autoria da CEF e nos contratos por ela firmados em relação a exploração dos serviços lotéricos.

Nesse sentido, é permitido aos permissionários lotéricos o exercício de outras atividades comerciais, desde que prévia e expressamente autorizadas pela CEF, em função da aderência dos produtos lotéricos às demais atividades que venham a ser exercidas pelos permissionários.

Ademais, não só é permitida a exploração de outras atividades econômicas, como também a CEF pode exigir que os permissionários atuem em atividades acessórias, a fim de oferecer serviços padronizados à sociedade. Isso ocorre, por exemplo, com a atuação dos permissionários lotéricos como correspondentes bancários da própria CEF, não podendo, contudo, figurar como correspondentes para outras instituições financeiras.

A remuneração dos permissionários lotéricos é prevista no art. 3º, inciso III da Lei Federal nº 12.869/2013. Assim, advém de uma comissão estipulada pela CEF, incidente sobre o preço de venda das apostas e deduzidos os repasses previstos em lei e respeitado o equilíbrio econômico-financeiro do produto lotérico.

⁷⁹ Lei Federal nº 12.869/2013: “Art. 3º. Os editais de licitação e os contratos firmados pela outorgante com os permissionários referidos no caput do art. 1º observarão, obrigatoriamente, as seguintes diretrizes operacionais e critérios de remuneração:

I - é admitida a conjugação da atividade do permissionário lotérico com outra atividade comercial quando prévia e expressamente autorizada pela outorgante, em função da aderência aos produtos de loterias, produtos conveniados e serviços;

II - a outorgante pode exigir que os permissionários atuem em atividades acessórias com exclusividade como forma de oferecer à sociedade serviços padronizados em todo o território nacional, incluindo a prestação de serviços como correspondente, de forma a não assumir idênticas obrigações com qualquer outra instituição financeira, sendo-lhes vedado prestar serviços que não aqueles previamente autorizados pela outorgante;

III - pela comercialização das modalidades de loterias, os permissionários farão jus a comissão estipulada pela outorgante, a qual incidirá sobre o preço de venda das apostas, deduzidos os repasses previstos em lei e respeitado o equilíbrio econômico-financeiro do produto lotérico;

IV - (VETADO);

V - a mudança de endereço e novas permissões ou credenciamentos sujeitar-se-ão à autorização da outorgante, que deverá observar o potencial para a venda das loterias federais e a demanda para atendimento da população local, comprovados por estudos técnicos;

VI - os contratos de permissão serão firmados pelo prazo de 20 (vinte) anos, com renovação automática por idêntico período, ressalvadas a rescisão ou a declaração de caducidade fundada em comprovado descumprimento das cláusulas contratuais, ou a extinção, nas situações previstas em lei.

Parágrafo único. Em caso de permissão de serviços lotéricos, o prazo de renovação referido no inciso VI deste artigo contar-se-á a partir do término do prazo de permissão, independentemente do termo inicial desta.”

O Manual de Produtos Lotéricos da CEF atribui o percentual de 9%⁸⁰ destinado ao pagamento dos permissionários lotéricos em relação aos produtos da modalidade de prognóstico específico, enquanto atribui o percentual de 8,61% nos produtos que integram as modalidades de prognósticos numéricos⁸¹ e esportivos⁸².

Convém registrar que o modelo de permissões conduzidos pela União sofreu questionamentos judiciais. Trata-se de ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6785, ajuizada pelo Ministério Público Federal, em momento relativamente recente (05/04/2021).

O relator da ADI é o Min. Edson Fachin e os documentos juntados até o momento foram pedidos de inclusão de amicus curiae (e manifestações) por parte da Associação Nacional dos Lotéricos, Correspondentes Bancários e Empresários Ligados a Jogos - ALSPI (representada pelo Ayres Britto) e a Federação Brasileira das Empresas Lotéricas – FEBRALOT, ambos apresentados entre os dias 28 e 30 de julho.

Questiona-se o fato de que diversas permissões para estabelecimento de agências lotéricas foram feitas, até 1999, sem licitação (após 1999 todas as permissões foram precedidas de licitação). Por conta disso, a Lei Federal nº 13.177/2015 alterou a Lei Federal nº 12.869/2013 para que (i) se prorrogasse permissões lotéricas (o que abrangeu também aquelas feitas sem licitação) e (ii) se consolidasse permissões feitas sem licitação prévia.

⁸⁰ Manual de Produtos Lotéricos: “8.4. O percentual de 20% da renda bruta destinado às despesas de Custeio e Manutenção dos Serviços inerentes à exploração dos concursos de Prognóstico Específico Timemania, mencionado no subitem 8.1 deste Manual, é composto pela seguinte distribuição para apostas realizadas nas Unidades Lotéricas: a) 9% destinados ao pagamento da Comissão dos Lotéricos; b) 11% destinados ao custeio das Despesas Operacionais.”.

⁸¹ Manual de Produtos Lotéricos: “8.5. O percentual de 19,13% referente às despesas de Custeio e de Manutenção dos serviços inerentes à exploração dos concursos de Prognósticos Esportivos, mencionado no subitem 8.2 deste Manual, terão a seguinte destinação para apostas realizadas nas Unidades Lotéricas: a) 8,61% destinados ao pagamento da Comissão dos Lotéricos; b) 10,52% destinados ao custeio das Despesas Operacionais.”.

⁸² Manual de Produtos Lotéricos: “8.6. O percentual de 19,13% da renda bruta destinado às Despesas de Custeio e de Manutenção dos serviços inerentes à exploração dos concursos de Prognósticos Numéricos, mencionado no subitem 8.3.1 deste Manual, é composto pela seguinte distribuição: 8.6.1. Para apostas realizadas nas Unidades Lotéricas: a) 8,61% destinados ao pagamento da Comissão dos Lotéricos; b) 9,57% destinados ao custeio das Despesas Operacionais; c) 0,95% destinado ao Fundo para Desenvolvimento das Loterias – FDL (equivalente a 5% dos 19,13% destinados às Despesas de Custeio e Manutenção). 8.6.2. Para apostas realizadas no IBC e Canais Eletrônicos: a) 14,18% destinados à remuneração do agente operador e demais despesas para custeio das operações; b) 4% destinados ao pagamento de remuneração aos lotéricos sobre as vendas dos canais eletrônicos, distribuídos proporcionalmente às vendas de cada Unidade Lotérica, por concurso e por produto; c) 0,95% das modalidades de prognósticos numéricos destinado ao Fundo para Desenvolvimento das Loterias (equivalente a 5% dos 19,13% destinados às Despesas de Custeio e Manutenção).”.

A tese de inconstitucionalidade, do MPF busca atacar a dita "convalidação" e prorrogação, na medida em que vão de encontro ao art. 175 da Constituição, o qual dispõe ser necessário licitação para concessão e permissão; a justificativa da Lei nº 13.177/2015 era de conferir segurança jurídica a todos permissionários que receberam, sem licitação, a delegação para comercialização de produtos lotéricos. Contudo, segundo argumenta a inicial, "*segurança jurídica não pode ser confundida com conservação do ilícito*". Além disso, o TCU, em 17/04/2013, antes da publicação da lei impugnada pela ADI, já havia considerado irregulares todas as permissões feitas sem licitação.

Por isso, a ADI pede que se considerem inválidas as normas que buscam convalidar e prorrogar permissões feitas sem licitação (mais especificamente: o MP pede para invalidar a norma que faz a convalidação das permissões não precedidas de licitação; e pede a interpretação conforme, de modo que se entenda como inconstitucional a prorrogação de permissões feitas sem licitação).

O objeto da ADI 6785 merece atenção do Estado de São Paulo quanto à criação e desenvolvimento de seus serviços lotéricos. Explicamos: as agências lotéricas são definidas nas Leis nº 12.869/2013 e nº 13.177/2015 e como "permissionárias"; uma vez que a atividade lotérica da União naturalmente servirá como parâmetro de comparação, fazer referência aos locais de distribuição/venda de produtos enquanto "agência lotérica" poderá atrair a aplicação do art. 175 por dois fatores: primeiramente, pelo uso do termo "agência"; e em segundo lugar, porque, tendo em vista a existência do debate na ADI 6785, há o risco de arguir-se que a distribuição/comercialização de produtos lotéricos demandaria, necessariamente, concessão ou permissão.

4.1.1.4. Desestatização da LOTEX

A Loteria Instantânea Exclusiva ("LOTEX"), diferentemente do que fora tratado até aqui, consiste em um projeto de desestatização estruturado pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES.

A LOTEX foi criada pela Lei Federal nº 13.155/2015, que "[...] cria a Loteria Exclusiva – LOTEX [...]", na forma do seu artigo 28, tendo como tema marcas, emblemas, hinos, símbolos, escudos e similares relativos às entidades de prática desportiva da modalidade futebol, implementada em meio físico ou virtual.

Embora a LOTEX seja um Produto Lotérico vinculado a Modalidade Instantânea Exclusiva, foi incluída no rol das modalidades lotéricas exploradas pela União, conforme disposto no art. 14, § 1º, da Lei Federal nº 13.756/2018:

Art. 14. O produto da arrecadação total obtida por meio da captação de apostas ou da venda de bilhetes de loterias, em meio físico ou em meio virtual, será destinado na forma prevista neste Capítulo, ressalvado o disposto no Capítulo V desta Lei.

§ 1º Consideram-se modalidades lotéricas:

I - loteria federal (espécie passiva): loteria em que o apostador adquire bilhete já numerado, em meio físico (impresso) ou virtual (eletrônico);

II - loteria de prognósticos numéricos: loteria em que o apostador tenta prever quais serão os números sorteados no concurso;

III - loteria de prognóstico específico: loteria instituída pela Lei nº 11.345, de 14 de setembro de 2006 ;

IV - loteria de prognósticos esportivos: loteria em que o apostador tenta prever o resultado de eventos esportivos; e

V - loteria instantânea exclusiva (Lotex): loteria que apresenta, de imediato, se o apostador foi ou não agraciado com alguma premiação.

Cumprе ressaltar, apenas a título informativo, ainda que não seja o objeto da análise em voga, que para além das modalidades lotéricas supra mencionadas, o artigo 29 da Lei Federal nº 13.756/2018 criou a modalidade lotérica denominada apostas de quota fixa, sob a forma de serviço público exclusivo da União⁸³.

Após, com o advento da Lei Federal nº 13.262/2016, o escopo de atuação da LOTEX foi ampliado, passando a explorar, adicionalmente aos temas previamente citados, eventos de grande apelo popular, datas comemorativas, referências culturais, licenciamento de marcas ou personagens e demais elementos gráficos e visuais⁸⁴.

⁸³ Lei Federal nº 13.756/2018: “Art. 29. Fica criada a modalidade lotérica, sob a forma de serviço público exclusivo da União, denominada apostas de quota fixa, cuja exploração comercial ocorrerá em todo o território nacional.

§ 1º A modalidade lotérica de que trata o caput deste artigo consiste em sistema de apostas relativas a eventos reais de temática esportiva, em que é definido, no momento de efetivação da aposta, quanto o apostador pode ganhar em caso de acerto do prognóstico.

§ 2º A loteria de apostas de quota fixa será autorizada ou concedida pelo Ministério da Fazenda e será explorada, exclusivamente, em ambiente concorrencial, com possibilidade de ser comercializada em quaisquer canais de distribuição comercial, físicos e em meios virtuais.

⁸⁴ Lei Federal nº 13.262/2016: “Art. 2º. A Loteria Instantânea Exclusiva - LOTEX, de que trata o art. 28 da Lei n.º 13.155, de 4 de Agosto de 2015, poderá adicionalmente contar com temas complementares aos mencionados no caput do referido artigo, de maneira a permitir a exploração mercadológica de eventos de grande apelo popular, datas comemorativas, referências culturais, licenciamentos de marcas ou personagens e demais elementos gráficos e visuais que possam aumentar a atratividade comercial do produto.”

O **artigo 28, da Lei Federal nº 13.155/2015**, transcrito em nota de rodapé, inseriu a LOTEX sob a alçada do Ministério da Fazenda, lhe permitindo explorar **diretamente a LOTEX por meio da Caixa Econômica Federal, ou indiretamente, mediante regime de concessão**.

Em que pese as previsões legais mencionadas, permitindo ao Ministério da Fazenda a exploração direta ou indireta da LOTEX, o Conselho Nacional de Desestatização autorizou, por meio da Resolução nº 08/2015, a criação da Caixa Instantânea S.A. a fim de viabilizar a desestatização da LOTEX:

Art. 1.º Aprovar a criação da CAIXA Instantânea S.A., subsidiária integral da Caixa Econômica Federal, a fim de viabilizar a desestatização do serviço público de Loteria Instantânea Exclusiva - LOTEX, conforme determina o art. 6.º, inciso II, alínea e, da Lei n.º 9.491, de 9 de Setembro de 1997.

Posteriormente, dando continuidade ao projeto de desestatização da LOTEX, foi promulgado o Decreto Federal nº 9.155/2017, incluindo o referido serviço público no Programa Nacional de Desestatização⁸⁵.

O Decreto Federal nº 9.155/2017 também designou o BNDES como responsável pela realização de todos os atos necessários à consecução da desestatização da LOTEX⁸⁶, inclusive por promover a contratação de consultoria, auditoria e outros serviços especializados necessários à execução da desestatização.

Desta forma, o BNDES, junto aos consultores especializados contratados promoveram a modelagem da desestatização da LOTEX mediante concessão de serviço público (Lei nº 8.987/1995), pelo **prazo de 25 (vinte e cinco) anos**, com critério de seleção pelo **maior valor da outorga fixa**, igual ou superior a R\$ 916.600.000,00 (novecentos e dezesseis milhões e seiscentos mil reais).

A tentativa de concessão da LOTEX se deu por meio do Edital de Leilão nº 01/2018 – PPI/PND, publicado em 05/04/2018. Ocorre, entretanto, que o referido leilão restou frustrado, ante a **ausência de interessados** na sessão pública ocorrida em 27/05/2019.

⁸⁵ Decreto Federal nº 9.155/2017: “Art. 1º. Fica incluído no Programa Nacional de Desestatização - PND, para os fins do disposto na Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, o serviço público de Loteria Instantânea Exclusiva - LOTEX, instituído pela Lei nº 13.155, de 4 de agosto de 2015.”.

⁸⁶ Decreto Federal nº 9.155/2017: “Art. 2º. Fica designado o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES como responsável pela realização de todos os atos necessários à consecução da desestatização do serviço público de Loteria Instantânea Exclusiva - LOTEX, nos termos do § 1º do art. 6º da Lei nº 9.491, de 1997, ao qual caberá, inclusive: (...)”.

Logo após, em 27/09/2018, foi publicado o Edital de Leilão nº 03/2018 – PPI/PND buscando novamente a concessão da LOTEX, entretanto o **resultado se repetiu em razão da ausência de interessados** na sessão pública realizada em 27/05/2019.

Por fim, em 30/08/2019, foi publicado o Edital de Leilão PPI/PND – 2019, que tornou pública a realização de certame licitatório para concessão do serviço público da LOTEX.

Diferentemente dos certames prévios, o Leilão PPI/PND – 2019 foi homologado pelo BNDES em 12/12/2019, com a **adjudicação de seu objeto ao Consórcio Estrela Instantânea**, pela Proposta Econômica que ofertou parcela inicial pelo ônus da outorga no valor de R\$ 96.969.123,51 (noventa e seis milhões, novecentos e sessenta e nove mil, cento e vinte e três reais e cinquenta e um centavos).

Passaremos a analisar adiante, em minúcias, os termos da concessão comum da LOTEX.

4.1.1.4.1. Concessão da LOTEX

Conforme mencionado previamente, o Consórcio Estrela Instantânea sagrou-se vencedor do Leilão PPI/PND – 2019. Ocorre, entretanto, que o contrato de concessão sequer chegou a ser firmado pelas partes, haja vista que o Consórcio em questão não cumpriu com as condições prévias para assinatura do contrato.

Assim, a LOTEX nunca chegou a ser implementada em território nacional e, conforme consta no *website* do Programa de Parceria de Investimentos, a União negocia alternativas para o projeto da LOTEX, porém vislumbra a necessidade de atualização dos estudos previamente realizados – quando da modelagem da concessão – para a promoção de um novo leilão⁸⁷.

Desta forma, a presente análise levará em consideração o Edital do Leilão PPI/PND – 2019 de concessão comum para a delegação da exploração do serviço público de Loteria Instantânea Exclusiva – LOTEX⁸⁸ (“Edital”) e a Minuta de Contrato de Concessão que integra o Edital como Anexo 18⁸⁹ (“Contrato”).

⁸⁷ Disponível em <<https://www.ppi.gov.br/loteria-instantanea-lotex>>. Acesso realizado em 31/08/2021.

⁸⁸ Disponível em <https://www.bndes.gov.br/wps/wcm/connect/site/10805443-94df-461e-bcd8-3c64cfab8e77/Lotex+-+Edital_leilao3.pdf?MOD=AJPERES&CVID=n0W.WBd>. Acesso realizado em 31/08/2021.

⁸⁹ Disponível em <<https://www.bndes.gov.br/wps/wcm/connect/site/47f01910-c5e7-4ae1-af0e-39f6f867ff51/Lotex+->>

Referido Edital tornou públicas as condições da desestatização, na modalidade de Leilão, visando à seleção da melhor proposta para a celebração do Contrato de Concessão.

Para a realização do certame licitatório, foi adotado como critério de julgamento a **maior oferta de pagamento da parcela inicial pelo ônus da outorga** ao Poder Concedente, valor que não poderia ser inferior a R\$ 96.968.123,51 (noventa e seis milhões, novecentos e sessenta e oito mil, cento e vinte e três reais e cinquenta e um centavos), havendo inversão da fase, conforme disposto nos artigos 15, inciso II e 18-A da Lei Federal nº 8.987/1995.

Convém ressaltar que, além do pagamento da parcela inicial pelo ônus da outorga, o Contrato previa em sua cláusula 4.3. a obrigação imposta à concessionária de **pagamento de parcelas anuais pelo ônus da outorga** a serem atualizadas pelo IPCA a partir de 01/08/2019, na seguinte forma:

- R\$ 103.041.695,97 (cento e três milhões, quarenta e um mil, seiscentos e noventa e cinco reais e noventa e sete centavos) até 12 (doze) meses contados a partir da celebração do Contrato;
- R\$ 103.041.695,97 (cento e três milhões, quarenta e um mil, seiscentos e noventa e cinco reais e noventa e sete centavos) até 24 (vinte e quatro) meses contados a partir da celebração do Contrato;
- R\$ 103.041.695,97 (cento e três milhões, quarenta e um mil, seiscentos e noventa e cinco reais e noventa e sete centavos) até 36 (trinta e seis) meses contados a partir da celebração do Contrato;
- R\$ 103.041.695,97 (cento e três milhões, quarenta e um mil, seiscentos e noventa e cinco reais e noventa e sete centavos) até 48 (quarenta e oito) meses contados a partir da celebração do Contrato;
- R\$ 103.041.695,97 (cento e três milhões, quarenta e um mil, seiscentos e noventa e cinco reais e noventa e sete centavos) até 60 (sessenta) meses contados a partir da celebração do Contrato;
- R\$ 103.041.695,97 (cento e três milhões, quarenta e um mil, seiscentos e noventa e cinco reais e noventa e sete centavos) até 72 (setenta e dois) meses contados a partir da celebração do Contrato;

- R\$ 103.041.695,97 (cento e três milhões, quarenta e um mil, seiscentos e noventa e cinco reais e noventa e sete centavos) até 84 (oitenta e quatro) meses contados a partir da celebração do Contrato.

Na cláusula 1.3 do Edital foi estimado o valor do contrato de R\$ 14.431.580.703,73 (quatorze bilhões, quatrocentos e trinta e um milhões, quinhentos e oitenta mil, setecentos e três reais e setenta e três centavos), valor correspondente à estimativa do valor real da receita bruta da concessionária ao longo do prazo de concessão.

Em relação ao **prazo de vigência da concessão**, foi previsto, na cláusula 1.5 do Edital, **15 (quinze) anos contados de sua data de eficácia**, considerando-se computado o período necessário para o início efetivo da comercialização da LOTEX após a assinatura do Contrato.

O Contrato, por sua vez, permitia sua prorrogação a exclusivo critério do Poder Concedente, nos termos da lei, para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, inclusive quando exigidos pelo Poder Concedente novos investimentos ou serviços não previstos no Contrato, ou ainda por imposição do interesse público, devendo em ambos os casos haver adequada motivação do Poder Concedente quanto ao prazo fixado.

Foi autorizada, nos termos da cláusula 5 do Edital, a participação no certame licitatório, isoladamente ou em consórcio, por: (i) pessoas jurídicas brasileiras ou estrangeiras; (ii) entidades de previdência complementar; e (iii) fundos de investimento, desde que preenchidos os requisitos de habilitação.

Os documentos de habilitação – volume que deveria ser apresentado em conjunto com a proposta comercial – foram descritos no anexo 5 do Edital, havendo a exigência de documentos relativos à habilitação jurídica, à qualificação econômico-financeira e à qualificação técnica.

Em relação aos documentos relativos à qualificação técnica da proponente, foi exigida a apresentação de atestado demonstrando **experiência na operação de serviço de loteria instantânea cuja arrecadação total decorrente da comercialização de bilhetes físicos e/ou de apostas virtuais seja igual ou superior a R\$ 560.000.000,00** (quinhentos e sessenta milhões de reais) em **período não superior a 12 (doze) meses corridos** e atestado demonstrando **participação em empreendimento em qualquer setor de atuação cujo valor total de investimento tenha sido no mínimo de R\$ 175.000.000,00** (cento e setenta e cinco milhões de reais).

O Edital previa, ainda, conforme disposto na cláusula 7, a obrigação de apresentação de **garantia da proposta no valor mínimo de R\$ 25.000.000,00** (vinte e cinco milhões de reais), com prazo mínimo de 1 (um) ano a contar da data de recebimento da proposta, devendo ser prorrogada às expensas da proponente em caso de expiração do prazo sem a devida assinatura do Contrato e poderia ser prestada em dinheiro, títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária.

A garantia da proposta tinha como propósito a cobertura de multas, penalidades e indenizações que eventualmente viessem a ser devidas pela proponente em virtude de sua participação no Leilão, sem prejuízo da aplicação de outras sanções e de responsabilização residual por valor que viesse a extrapolar a garantia da proposta.

No caso em tela, onde o consórcio vencedor não cumpriu com suas obrigações prévias e optou por não assumir a concessão, é possível a execução da garantia da proposta, nos termos da cláusula 7.11. do Edital:

7.11 A Garantia da Proposta deverá ser executada nas hipóteses de inadimplemento total ou parcial, por parte da Proponente, das obrigações por elas assumidas em virtude de sua participação no Leilão, mediante notificação, pelo BNDES, as Proponentes inadimplentes, sem prejuízo das demais penalidades previstas no Edital ou na legislação, incluindo, mas não se limitando, as seguintes hipóteses:

(...)

II. não cumprimento, pela Adjudicatária, das obrigações prévias a celebração do Contrato;

(...)

IV. recusa da Adjudicatária em celebrar o Contrato;

A cláusula 15.3. do Edital prevê as seguintes condições prévias à assinatura a serem cumpridas pela proponente:

- Prova de constituição da SPE, devidamente acompanhada da correspondente certidão de registro empresarial, comprovante de inscrição perante o Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, descrição da estrutura acionária e de gestão e comprovação de subscrição e **integralização de capital social no valor mínimo de R\$ 200.000.000,00** (duzentos milhões de reais);
- Comprovação de pagamento, pela SPE em favor do Poder Concedente, da parcela inicial pelo ônus da outorga;

- Comprovante de **garantia de execução do contrato no valor de R\$ 52.000.000,00** (cinquenta e dois milhões de reais) até a integral quitação das parcelas anuais pelo ônus da outorga e R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) após a comprovação da integral quitação das parcelas anuais pelo ônus da outorga, nos termos da cláusula 8 do Contrato;
- **Comprovação de recolhimento da remuneração devida à B3, correspondente a R\$ 513.020,11** (quinhentos e treze mil, vinte reais e onze centavos);
- **Comprovação de recolhimento do valor de ressarcimento devido ao BNDES, correspondente a R\$ 6.073.572,46** (seis milhões, setenta e três mil, quinhentos e setenta e dois reais e quarenta e seis centavos) em razão da execução e acompanhamento do processo de desestatização da LOTEX;

Foi fixado o prazo inicial de 60 (sessenta) dias úteis para cumprimento das condições prévias, prazo que poderia ser prorrogado a critério do Poder Concedente.

O Edital, contava, ainda, com cláusula de eleição de foro para dirimir eventuais controvérsias entre as partes decorrentes do próprio Edital, sendo eleito para tanto o Foro da Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

A minuta do contrato de concessão previu, em sua cláusula 2.2., que a remuneração do Contrato decorreria do pagamento do preço (valor da aposta física ou da aposta virtual, expresso em reais) pelos apostadores, bem como por meio de outras fontes de receitas previstas no Contrato.

A cláusula 13 do Contrato versa especificamente sobre a remuneração da concessionária, que corresponde à somatória da receita bruta da concessionária, da parcela das receitas extraordinárias que lhe couber, bem como das receitas financeiras associadas à exploração do objeto da concessão.

A receita bruta da concessionária corresponde ao percentual de 18,3% (dezoito inteiros e três décimos por cento) da arrecadação total da comercialização da LOTEX, valor destinado à concessionária nos termos do artigo 20 da Lei Federal nº 13.756/2018⁹⁰.

⁹⁰ Lei Federal nº 13.756/2018: “Art. 20. O produto da arrecadação de cada emissão da Lotex será destinado da seguinte forma:

I - 0,4% (quatro décimos por cento) para a seguridade social;

II - 13% (treze por cento) para o FNSP;

III - 0,9% (nove décimos por cento) para o Ministério do Esporte;

A cláusula 5 do Contrato dispõe que **não há bens reversíveis e/ou bens vinculados à concessão**, de forma que seria de responsabilidade da Concessionária adquirir, gerir e alienar livremente os ativos que entendesse necessários para a execução do Contrato.

Além disso, o Contrato prevê a possibilidade de exploração de receitas extraordinárias, sem, contudo, delimitá-las. Assim, cabe à concessionária apresentar ao Poder Concedente a proposta de exploração de receitas extraordinárias, que será objeto de aprovação pelo Poder Concedente.

Caso o plano de exploração de receitas extraordinárias seja aprovado pelo Poder Concedente, haverá compartilhamento de receitas na seguinte forma: (i) 10% (dez por cento) será incorporado ao plano de premiação do apostador; (ii) 60% (sessenta por cento) constituirá receita adicional da concessionária; e (iii) 30% (trinta por cento) será revertido ao Poder Concedente.

Nesse mesmo sentido, ao versar sobre as obrigações da concessionária, a cláusula 9.1.18. do Contrato lhe impôs a obrigação de operar a LOTEX em meio físico e virtual, cabendo à própria concessionária definir e adotar, **com total liberdade, as formas, os tipos e os volumes de canais de distribuição a serem empregados na venda das apostas físicas e virtuais.**

Além de serem exigidas a obtenção pela concessionária de todas as licenças, permissões, certificações e autorizações necessárias ao pleno exercício das atividades objeto da concessão, também foi exigido, na cláusula 7.1.2. do Contrato a **obtenção da certificação ISO 27.001** relativa à norma do sistema de **gestão e segurança da informação**, bem como a **certificação pela norma do controle de segurança e certificação de jogo responsável**, essas duas últimas expedidas pela Associação Mundial de Loterias (*World Lottery Association*).

A garantia da execução do contrato, no valor de R\$ 52.000.000,00 (cinquenta e dois milhões de reais) até a quitação das parcelas anuais pelo ônus da outorga e R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) após a quitação das parcelas anuais pelo ônus da outorga poderiam ser prestadas nas seguintes

IV - 0,9% (nove décimos por cento) para o FNC;

V - 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento) para as entidades desportivas da modalidade futebol que cederem os direitos de uso de suas denominações, suas marcas, seus emblemas, seus hinos, seus símbolos e similares para divulgação e execução da Lotex;

VI - 18,3% (dezoito inteiros e três décimos por cento) para as despesas de custeio e manutenção do agente operador da Lotex; e

VII - 65% (sessenta e cinco por cento) para o pagamento de prêmios e o recolhimento do imposto de renda incidente sobre a premiação.”

modalidades: (i) caução, em dinheiro ou títulos da dívida pública federal; (ii) fiança bancária; ou (iii) seguro-garantia.

A fiscalização do Contrato foi atribuída à Secretaria de Avaliação, Planejamento, Energia e Loteria ("SECAP"), nos termos da cláusula 12 do Contrato.

Desta forma, competia à SECAP fiscalizar a execução do Contrato, diretamente ou mediante convênio, devendo ter livre acesso aos dados relativos à administração, contabilidade e aos recursos técnicos, econômicos e financeiros pertinentes à concessão.

Também foram atribuídas à SECAP as competências de supervisão, inspeção e auditoria do Contrato, bem como pela avaliação de desempenho da concessionária.

Quanto à **avaliação de desempenho** da concessionária, o Anexo 2 do Contrato estabelece os seguintes parâmetros a serem apurados trimestralmente:

Tabela 03. Indicadores de Desempenho da LOTEX

Indicadores e Parâmetros de Desempenho	
Certificação	Adesão a certificações exigidas
	Manutenção contínua das certificações exigidas até o término do Contrato
Fiscalização	Auditoria dos repasses ao Poder Concedente
	Auditoria dos pagamentos de prêmios aos Apostadores referentes às Emissões a fim de atestar o cumprimento da Lei Federal n.º 13.155, de 04 de Agosto de 2015, a ser realizada anualmente.
Qualidade dos serviços	Resolução de 99% (noventa e nove por cento) das reclamações dos Apostadores referentes ao pagamento de prêmios em, no máximo, 5 (cinco) dias úteis a partir do registro da reclamação
	Resolução de 99% (noventa e nove por cento) dos registros de reclamações de outras naturezas, oriundas de Apostadores, em, no máximo, 5 (cinco) dias úteis
	Pagamento de 99% (noventa e nove por cento) dos prêmios de valor menor ou igual à faixa de isenção do imposto sobre a renda em até 02 (dois) dias úteis após solicitação por parte do Apostado
	Pagamento de 99% (noventa e nove por cento) dos prêmios de valor superior à faixa de isenção do imposto sobre a renda em 5 (cinco) dias úteis a partir da solicitação de pagamento do Apostador

O Contrato apresenta, ainda, cláusula específica acerca da **alocação de riscos** (cláusula 15), dispondo que a concessionária é íntegra e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à concessão, exceto pelos riscos **alocados ao Poder Concedente**, conforme disposto abaixo:

Tabela 04. Riscos alocados ao Concedente na LOTEX

Riscos - Poder Concedente	
Descumprimento, pelo Poder Concedente, de suas obrigações contratuais ou regulamentares, incluindo, mas não se limitando, ao descumprimento de prazos previstos neste Contrato, no Decreto regulamentador da LOTEX, ou, ainda, em quaisquer outros atos normativos publicados pelo Poder Concedente após a assinatura do Contrato, mormente aqueles relacionados à homologação das Séries;	Criação de nova modalidade de loteria instantânea federal, bem como alterações na legislação federal e/ou constitucional que permita a criação de loteria instantânea estadual, ou, ainda, decisão judicial que considere regulares operações estaduais de loteria instantânea sob a égide da legislação vigente que venha a concorrer com a LOTEX;
Caso fortuito ou força maior que não possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil à época de sua ocorrência;	Cancelamento da Série por culpa do Poder Concedente;
Alterações na legislação e na regulamentação do Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza – ISS para, especificamente, aumentar a respectiva alíquota para mais de 5% (cinco por cento);	Riscos jurídicos decorrentes da falta de repasse, por parte do Poder Concedente, dos valores depositados pela Concessionária na Conta Única do Tesouro às entidades beneficiárias daqueles valores, nos termos previstos neste Contrato e na Lei Federal n.º 13.756, de 12 de Dezembro de 2018;
Observado o disposto na subcláusula anterior, alterações na legislação e na regulamentação relacionada à criação, modificação ou extinção de outros tributos ou encargos que alterem a composição econômico-financeira da Concessão, excetuada a legislação dos impostos sobre a renda;	Alteração na regulação/regulamentação da tecnologia empregada na Concessão que, por sua vez, cause impacto na composição econômico-financeira do Contrato;
Alterações na legislação do imposto sobre a renda incidente nos prêmios da LOTEX, que alterem a composição econômico-financeira da Concessão;	Alteração dos percentuais de destinação previstos no artigo 20, da Lei Federal n.º 13.756, de 12 de Dezembro de 2018, que impacte no percentual reservado à premiação;
Interpretação de Receita Estadual, confirmada por decisão judicial irreversível, de que a comercialização de Apostas Físicas e/ou Apostas Virtuais está sujeita ao Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Serviços (ICMS);	Alteração dos percentuais de destinação previstos no artigo 20, da Lei Federal n.º 13.756, de 12 de Dezembro de 2018, que impacte no percentual reservado à operação da LOTEX;

Interpretação da Receita Federal, confirmada por decisão judicial irrecurível, de que, em relação à comercialização de Apostas Físicas e/ou Apostas Virtuais, a base de cálculo do PIS/COFINS não é igual à Receita Bruta da Concessionária;	Alteração unilateral do Contrato, por iniciativa do Poder Concedente, por inclusão e modificação de serviços que afete o equilíbrio econômico-financeiro;
Fato do príncipe ou fato da administração que provoque impacto econômico-financeiro no Contrato.	

Em consonância com o disposto acima, a cláusula 16 do Contrato exarou que, sempre que mantidas as condições de alocação de riscos estabelecidas, considerar-se-ia mantido o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, exceto no caso de ocorrência de um dos riscos constantes do quadro acima, hipótese em que se procederia com a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, caso as partes não optassem pela extinção da avença.

Por fim, o Contrato conta com cláusula arbitral para que eventuais controvérsias e/ou disputas oriundas da concessão, bem como a quaisquer contratos, documentos, anexos ou acordos a ele relacionados sejam resolvidos por meio de arbitragem a ser administrada pela Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI, segundo as regras previstas em seu regulamento vigente na data em que a arbitragem seja iniciada.

4.1.2. Estados que preservaram a exploração dos serviços durante a eficácia do art. 32 do Decreto-Lei nº 204/1967 e após a Súmula Vinculante 02/STF

Em que pese a contemporaneidade das discussões travadas acerca de loterias, é certo que sua exploração ocorria já na época do Brasil Colônia⁹¹ e, desde então, passou por uma série de alterações jurídico-regulatórias até chegarmos ao cenário atual posto em discussão.

Tendo em vista o lapso temporal existente entre a efetiva implantação das loterias em território nacional e o cenário atual, o presente relatório, de forma geral, se limita a discorrer sobre as efetivas normas que deram origem ou impactam o regramento atual.

Conforme já fora objeto de análise mais detalhada no presente Relatório, o Decreto-Lei Federal nº 6.259/1944, que baseia o atual sistema vigente de exploração dos serviços lotéricos, permitiu a

⁹¹ Vide Carta Régia de 27 de janeiro de 1809, que autorizou a exploração de loteria pelo prazo de 06 (seis) anos para conclusão das obras do Teatro São João, à época denominado “Theatro da Cidade da Bahia”.

exploração de loterias pela União e pelos Estados. Assim, alguns Estados da Federação optaram pela exploração dos serviços lotéricos em âmbito estadual, em que pese a exploração de serviços lotéricos pela União em todo o território nacional.

Posteriormente, com o advento do Decreto-Lei Federal nº 204/1967, especialmente quanto ao disposto em seu art. 32, foi vedada a criação de loterias estaduais, limitando-se as emissões de bilhetes lotéricos àquelas séries em vigor na data da publicação.

Assim, mesmo com a vigência do art. 32 do Decreto-Lei Federal nº 204/1967, os Estados da Paraíba, Minas Gerais, Rio de Janeiro e Ceará continuaram a exploração dos serviços lotéricos até os dias atuais e serão objeto de análise detida adiante, em que pese outros Estados também tenham prosseguido com a exploração lotérica em âmbito estadual, embora tenham optado por sua extinção em decorrência das incertezas que permeavam o setor até o recente julgamento das ADPF nº 492 e 493.

Não obstante, após o julgamento das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nºs 492 e 493, muitos Estados estão promovendo a elaboração de legislação competente, ou mesmo promovendo a elaboração de estudos de viabilidade para implantação de loteria estadual.

Como visto do capítulo 5, que cuidou do mapeamento regulatório e institucional normativo, os Estados do Acre, Amazonas, Espírito Santo, Goiás e Mato Grosso do Sul já possuem propostas legislativas pendentes de aprovação pelas Assembleias Legislativas e/ou pelo Chefe do Executivo Estadual, sendo inerente o avanço da exploração de serviços lotéricos estaduais nestas unidades da Federação.

O Estado de São Paulo, objeto do presente estudo, conta com a Lei Estadual nº 17.386/2021, já devidamente sancionada pelo Governador João Dória, encontrando-se em andamento o Edital de Chamamento Público nº 004/2021 para promoção de estudos de viabilidade de implantação da Loteria Estadual por meio de PMI. Assim como ocorre em São Paulo, os Estados do Espírito Santo, Maranhão e Minas Gerais já contam com Leis ou Decretos promulgados prevendo inovações acerca da exploração dos serviços lotéricos em decorrência do julgamento das ADPF nº 492 e 493.

Nesse mesmo sentido, os Estados de Amazonas, Maranhão e Pernambuco, além do Distrito Federal e do Consórcio Brasil Central (Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Rondônia e Tocantins) promoveram iniciativas para a apresentação de propostas e desenvolvimento de estudos de viabilidade acerca da implantação de loterias estaduais, conforme explicitado no quadro abaixo:

Tabela 05. Iniciativas legislativas estaduais em serviços lotéricos

Estados	Exploração atualmente	Existência de iniciativa legislativa	Natureza da iniciativa legislativa	Status	Observações
Acre	/	Sim	Projeto de Lei nº 51/2021	Pendente de deliberação pela casa legislativa	/
Alagoas	/	/	/	/	/
Amapá	/	/	/	/	/
Amazonas	/	Sim	Requerimento nº 4.863/2020	Pendente de deliberação pelo Poder Executivo	/
Bahia	/	Sim	Indicação nº 10/2021 com sugestão de Projeto de Lei	Pendente de deliberação pelo Poder Executivo	/
Ceará	LOTECE	/	/	/	Portaria nº 025/20 - Cria a Comissão Técnica para instauração da fase interna do processo licitatório para a concessão do serviço de loteria no Estado do Ceará.
Distrito Federal	/	Sim	Indicação nº 5.674/2021 com minuta de Projeto de Lei	Pendente de deliberação pelo Poder Executivo	/
Espírito Santo	/	Sim	Lei nº 11.236/2021	Promulgada	/
Goiás	/	Sim	Projeto de Lei nº 741/2020	Pendente de deliberação pela casa legislativa	/
Maranhão	/	Sim	Lei nº 11.389/2020	Promulgada	/
Mato Grosso	/	/	/	/	/
Mato Grosso do Sul	/	Sim	Lei nº 5.720/2021	Promulgada	/
Minas Gerais	LEMG	Sim	Decreto nº 47.902/2020	Promulgado	Referido Decreto institui o regulamento da LEMG, trazendo novidades que propiciam a exploração dos

					serviços lotéricos em conformidade com as ADPF nº 492 e 493
Pará	/	/	/	/	/
Paraíba	LOTEP	/	/	/	Possui legislação regulamentando a atual exploração dos serviços lotéricos
Paraná	/	Sim	Projeto de Lei nº 544/2021	Pendente de deliberação pela casa legislativa	/
Pernambuco	/	/	/	/	/
Piauí	/	/	/	/	/
Rio de Janeiro	LOTERRJ	/	/	/	Possui legislação regulamentando a atual exploração dos serviços lotéricos
Rio Grande do Norte	/	/	/	/	/
Rio Grande do Sul	/	Sim	Projeto de Lei nº 46/2021	Pendente de deliberação pela casa legislativa	/
Rondônia	/	Sim	Indicação nº 2.003/2020 com minuta de Projeto de Lei	Pendente de deliberação pelo Poder Executivo	/
Roraima	/	/	/	/	/
Santa Catarina	/	Sim	Projeto de Lei nº 053.3/2021	Pendente de deliberação pela casa legislativa	/
São Paulo	/	Sim	Lei nº 17.386/2021	Promulgada	/
Sergipe	/	Sim	Lei Estadual nº 8.902/201	Promulgada	/
Tocantins	/	/	/	/	/

Da análise das iniciativas legislativas em questão, é possível extrair premissas relevantes ao desenvolvimento do projeto em voga e que serão observadas no decorrer do Projeto.

Destacam-se, entre as iniciativas destacadas no quadro acima, previsões acerca da forma de exploração do serviço público de loterias, sendo comum a possibilidade de exploração de forma direta pelos Estados, ou sua delegação à parceiros privados.

Há de se observar que, muito embora os regimes de contratação de parceiros privados estejam previstos em legislação federal, muitos dos Estados possuem legislação própria e peculiaridades diversas que podem impactar na forma de exploração do serviço público de loterias, como por exemplo o público em potencial e a renda per capita que poderá ser destinada aos produtos lotéricos comercializados.

Cumprе ressaltar, diante disso, que não há uma uniformização clara a respeito do regime de contratação a ser empregado caso os Estados optem pela exploração indireta dos serviços lotéricos, embora a previsão da possibilidade de delegação por concessão seja maioria, devendo ser considerada a viabilidade de cada um dos modelos de contratação possíveis em atenção à realidade de cada um dos Estados.

Ainda em relação à forma de exploração dos serviços lotéricos, até mesmo em observância ao modelo vigente nos Estados que já o fazem, algumas das iniciativas legislativas destacadas acima indicam, ou ao menos possibilitam, a criação de órgão vinculado à Administração Pública para a exploração (direta ou indireta), gestão e fiscalização das atividades lotéricas.

Essa possibilidade – de criação ou não de órgão específico para exploração e/ou gestão dos serviços lotéricos – no âmbito do Estado de São Paulo será objeto de análise adiante, principalmente em função do atual cenário institucional.

Outro ponto em comum em relação às iniciativas analisadas são previsões que versem sobre a limitação territorial para exploração dos serviços lotéricos, uma vez que cada Estado somente poderá prosseguir com referida exploração dentro dos limites de seu próprio território.

Nesse sentido, é importante destacar, ainda, a possibilidade de comercialização dos produtos lotéricos em ambiente físico e/ou virtual, ambiente que pode demandar maior atenção para observância da delimitação territorial em que se deve estear a exploração dos serviços lotéricos.

Embora seja de extrema relevância o cumprimento das delimitações impostas, algumas das iniciativas legislativas preveem apenas que a aquisição de produtos lotéricos em ambiente virtual deve ser precedida de “declaração de residência” pelos apostadores.

Oportuno afirmar, contudo, que a “declaração de residência” pode ser facilmente burlada por apostadores com razões escusas, não só levando ao descrédito das loterias estaduais, como também impactando negativamente a viabilidade do ambiente concorrencial previsto, caso referida declaração não seja acompanhada de quesitos tecnológicos (como serviço de geolocalização) capazes de certificar o domicílio do apostador.

Ora, a exploração de serviços lotéricos em mais de um Estado é exclusividade da União, de forma que os Estados que optarem pela instituição ou prosseguimento de exploração das atividades lotéricas já estão sujeitos à competição com os produtos lotéricos comercializados pela CEF. Não se mostra razoável, assim, que seja permitida qualquer afronta à delimitação territorial imposta para a comercialização dos produtos lotéricos, premissa que deve e será objeto de análise no presente relatório.

As modalidades lotéricas passíveis de exploração pelos Estados, como não poderia deixar de ser em função do julgamento das ADPF nº 492 e 493, podem ser caracterizadas como um ponto em comum de todas as modalidades lotéricas previstas nas iniciativas legislativas em questão.

Isso porque todas as iniciativas estaduais analisadas apresentam consonância com o art. 14 da Lei Federal nº 13.756/2018, sendo prevista a exploração de uma ou mais das modalidades lotéricas, ainda que apresentem nomenclatura diversa, ou que sejam constituídas pela conjugação de modalidades lotéricas estabelecidas regramento federal. Apenas a título de exemplificação, convém ressaltar que as modalidades de prognósticos numéricos, prognóstico específico e prognósticos esportivos, previstas nos incisos II, III e IV do art. 14 da Lei Federal nº 13.756/2018, respectivamente, podem ser conjugadas em uma única modalidade de prognósticos, caso assim seja de interesse do Estado.

Denota-se, ainda, das iniciativas analisadas, a possibilidade de previsão sobre a destinação dos recursos auferidos por meio da exploração dos serviços lotéricos, sendo dois os cenários verificados.

A um, os Estados podem prever a destinação dos recursos de forma genérica, assim como optou o Estado de São Paulo ao prever no art. 15 da Lei Estadual nº 17.386/2021 que tais recursos serão

destinados ao “custeio de ações voltadas à assistência social e à redução da vulnerabilidade social no Estado”.

Nesse caso, caberá ao Estado, ainda, propor regramento específico a fim de regulamentar quais proporções serão descontadas do resultado líquido obtido na comercialização dos produtos lotéricos, bem como para definir sua correta destinação. Referido regramento não necessariamente deverá constar em Lei, podendo ser estipulado pelo órgão responsável pela regulação da exploração dos serviços lotéricos.

Outrossim, a dois, conforme previsto em algumas das iniciativas legislativas sob escrutínio, é possível que haja previsão em Lei dos percentuais a serem descontados, bem como de seus respectivos destinos. Nos parece, contudo, que essa não é a melhor hipótese, uma vez que causa o engessamento da destinação dos recursos advindos da comercialização lotérica, impondo que toda e qualquer alteração seja submetida à necessidade de alteração legislativa.

A fim de exaurir os pontos de maior relevância abordados nas iniciativas legislativas analisadas, cumpre destacar, por fim, a observância em alguns dos instrumentos de definições, em Lei, de parâmetros e ou percentuais para definição dos prêmios a serem conferidos aos apostadores e da remuneração decorrente da exploração dos serviços lotéricos (ao parceiro privado e/ou ao Poder Concedente).

Ocorre, entretanto, que cada uma das modalidades lotéricas possui características díspares, sendo inequívoco que podem apresentar índices de premiação diversos – que deverão sempre ser previstos no respectivo Plano de Jogo –, ou mesmo a possibilidade da maior ou menor remuneração às partes envolvidas.

Sendo assim, caso o Estado de São Paulo entenda pela necessidade de definição de tais parâmetros, é indicado que se limite à imposição de previsão de *payuot* mínimo a ser observado quando da premiação dos apostadores, medida que resguarda os melhores interesses da população e permite a adequada remuneração dos envolvidos, prezando pelo equilíbrio econômico-financeiro das relações entabuladas.

Sopesados os pontos de atenção constatados, resta claro, diante das iniciativas legislativas até o momento proferidas, que a exploração de serviços lotéricos em âmbito estadual se mostra uma tendência para o futuro próximo, principalmente após o julgamento das ADPF nºs 492 e 493,.

Diante disso, em que pese tratar-se de novel discussão, passaremos a analisar as loterias estaduais atualmente em operação nos Estados da Paraíba, Minas Gerais, Rio de Janeiro e Ceará, buscando fomentar as formas de exploração passíveis de adoção no Estado de São Paulo.

4.1.3. Paraíba

4.1.3.1. *A LOTEPA em perspectiva histórica*

A Loteria do Estado da Paraíba – LOTEPA, autarquia responsável pela exploração lotérica no âmbito estadual, foi criada pela Lei Estadual nº 1.192/1955. Embora referida Lei tenha instituído a LOTEPA, seu conteúdo é deveras trivial, limitando-se a determinar, em seu artigo 1º⁹², que a exploração dos serviços lotéricos deve observar as normas estabelecidas pelo então Decreto-Lei Federal nº 6.259/1944.

Quando da criação da LOTEPA, foi prevista a possibilidade de exploração das atividades lotéricas diretamente pelo Estado, por intermédio da LOTEPA, ou no regime de concessão, desde que precedida de concorrência pública, conforme disposto no artigo 2º da Lei Estadual nº 1.192/1955⁹³.

Muito embora as disposições da Lei Estadual nº 1.192/1955 tenham resultado na criação da LOTEPA, entidade da administração indireta do Estado da Paraíba, as remissões à Loteria do Estado da Paraíba parecem fazer menção às atividades lotéricas em si e não à entidade LOTEPA.

Posteriormente, a Lei Estadual nº 7.416/2003 disciplinou a exploração da atividade lotérica, caracterizando-a como serviço público⁹⁴ e instituiu as modalidades lotéricas passíveis de exploração, que serão objeto de análise detalhada adiante.

Ao contrário do disciplinado previamente, onde havia previsão de delegação dos serviços lotéricos mediante concessão, o art. 2º da Lei Estadual nº 7.416/2003 atribuiu à LOTEPA (autarquia já existente à

⁹² Lei Estadual nº 1.192/1955: “Art. 1º. Fica instituída a Loteria do estado da Paraíba, cuja organização, funcionamento e exploração obedecerão às normas estabelecidas no Decreto-Lei Federal nº 6.259, de 10 de fevereiro de 1944, referentes às Loterias Estaduais.”

⁹³ Lei Estadual nº 1.192/1955: “Art. 2º. A Loteria do Estado da Paraíba será explorada diretamente pelo Governo, ou por concessionários, mediante concorrência pública.”

⁹⁴ Lei Estadual nº 7.416/2003: “Art. 1º. O serviço público estadual de exploração de atividades lotéricas instituído pela Lei nº 1.192, de 2 de abril de 1955, será executado no Estado da Paraíba de acordo com as disposições desta Lei.”

época) a “competência administrativa para dirigir, coordenar, executar, credenciar, autorizar, fiscalizar, distribuir e controlar a exploração do serviço público de atividades lotéricas.”

Denota-se, desta forma, a alteração do regime adotado para exploração indireta dos serviços lotéricos que antes ocorriam mediante concessão e, a partir da Lei Estadual nº 7.416/2003, passou a se dar por meio de credenciamentos e autorizações.

Com a recente publicação do Decreto Estadual nº 41.037/2021 – que dispõe sobre o Regulamento da LOTEPE – a LOTEPE foi caracterizada em seu artigo 1º, parágrafo único, como autarquia “vinculada à Secretaria de Estado do Turismo e do Desenvolvimento Econômico, com a finalidade de gerar recursos para a promoção de políticas de bem-estar social e de programas nas áreas de assistência, desportos, educação, saúde e desenvolvimento social.”.

Tanto a Lei Estadual nº 7.416/2003 quanto o Decreto Estadual nº 41.037/2021 são primordiais para compreensão do processo evolutivo de exploração de atividades lotéricas no estado da Paraíba.

O artigo 3º do Decreto Estadual nº 15.826/1993⁹⁵ atribuiu à LOTEPE a responsabilidade por promover a emissão e distribuição de bilhetes de loteria. Ainda de acordo com referido instrumento normativo, a autarquia tem como atribuição fiscalizar a venda, bem como efetuar sorteios de prêmios, homologar os resultados e proceder com os respectivos pagamentos.

Posteriormente, a Lei Estadual nº 7.416/2003 estabeleceu a competência da LOTEPE para dirigir, coordenar, executar, credenciar, autorizar, fiscalizar, distribuir e controlar a exploração do serviço público de atividades lotéricas⁹⁶.

⁹⁵ Decreto Estadual nº 15.826/1993: Art. 3º. A LOTERIA DO ESTADO DA PARAÍBA e as unidades que integram a sua estrutura, tem como objetivos: I - realizar os serviços de loteria explorados pelo Estado, nas modalidades convencional instantânea e de concurso; II - promover a emissão e a distribuição de bilhetes de loteria e fiscalizar a sua venda; III - efetuar sorteios de prêmios, homologar os resultados e proceder o respectivo pagamento; IV - manter serviços de assistência social à população de baixa renda, precisamente nas áreas de saúde pública e de educação de base; V - celebrar convênios para exploração de qualquer modalidade de loteria com outros estados da Federação; VI - outras atividades correlatas.”

⁹⁶ Lei Estadual nº 7.416/2003: “Art. 2º. Fica atribuída a LOTEPE – LOTERIA DO ESTADO DA PARAÍBA, órgão de Regime Especial da Administração Direta do Poder Executivo, vinculado à Secretaria do Trabalho e Ação Social, criada pela Lei nº 1.192, de 02 de abril de 1955, e ratificada pelo Decreto Federal nº 40.549, de 12 de dezembro de 1956, a competência administrativa para dirigir, coordenar, executar, credenciar, autorizar, fiscalizar, distribuir e controlar a exploração do serviço público de atividades lotéricas.”

Assim, a referida Lei consolidou a exploração direta das atividades lotéricas pela LOTEPE, como também autorizou, pela primeira vez, a delegação de sua exploração mediante **autorização e credenciamento** de agentes privados, ou seja, além da concessão prevista anteriormente.

A confecção e impressão dos bilhetes lotéricos, conforme disposto no art. 8º da Portaria LOTEPE nº 12/2011⁹⁷, deveria ser realizada pela própria LOTEPE por meio de gráfica contratada para esse fim. Posteriormente, com o advento da Portaria LOTEPE nº 2/2013, foi prevista a possibilidade de a LOTEPE autorizar a impressão e comercialização de bilhetes lotéricos⁹⁸.

Por conseguinte, a exploração das atividades lotéricas no Estado da Paraíba passou a se desenvolver mediante a emissão e distribuição de bilhetes de loteria pela própria LOTEPE, que também se responsabilizava pelo credenciamento de agentes lotéricos para comercialização dos bilhetes e fiscalização dos serviços lotéricos.

O artigo 28 da Portaria LOTEPE nº 2/2013 estabeleceu os requisitos para efetivação do credenciamento de agentes lotéricos. Confira-se:

Art. 28º. A efetivação do Credenciamento de Agente Lotérico será feita mediante atendimento, pelo interessado, dos seguintes pré requisitos:

I - formalização de pedido de credenciamento como Agente Lotérico Licenciado, conforme modelo constante no Anexo II desta portaria;

II - declaração formal de opção pelo plano de jogo a ser distribuído e comercializado dentre os disponibilizados e/ou aprovados pela Loteria do Estado da Paraíba;

III - apresentação de original ou cópia autenticada por autoridade competente de:
a) ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor e suas alterações posteriores ou instrumento consolidado, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;

b) inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova da diretoria em exercício;

c) decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir;

d) prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CNPJ);

e) prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do requerente, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com a comercialização/exploração de cartões lotéricos;

⁹⁷ Portaria LOTEPE nº 12/2011: “Art. 8º. A confecção e impressão dos cartões é de responsabilidade da Loteria do Estado da Paraíba e serão feitas por meio de gráfica contratada para esse fim.”

⁹⁸ Portaria LOTEPE nº 2/2013: “Art. 3º. A LOTEPE se reserva o direito de autorizar a impressão e comercialização, total ou parcial, de uma ou mais séries de bilhetes para cada sorteio, no caso de produtos que necessitem de bilhetes impressos.”

f) comprovante de pagamento de taxa de localização à prefeitura municipal competente;

g) CPF, CI e comprovante de residência do responsável;

h) relação dos pontos de venda, constando endereço completo, com e atualização permanente.

§ 2º Os documentos exigidos para habilitação poderão ser apresentados em original ou por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou em cópia simples acompanhada do respectivo original para ser autenticada no momento da análise dos documentos de habilitação, ou ainda em publicação feita em veículo de imprensa apropriado.

Os agentes lotéricos credenciados deveriam optar pelos planos lotéricos ofertados pela LOTEPE, ou submeter à aprovação da LOTEPE proposta de plano de jogo específica, comercializando os bilhetes de loteria nos pontos de venda localizados no Estado da Paraíba⁹⁹. Competia, ainda, ao agente lotérico elaborar e executar campanhas publicitárias referentes ao plano de jogo em vigor, além de efetuar a entrega de prêmios em bens, bem como efetuar o pagamento dos prêmios em que não haja incidência de IR¹⁰⁰.

Embora se encontrasse plenamente implementado o modelo de exploração de serviços lotéricos por meio de autorização e credenciamento, o Ministério Público Federal promoveu a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3277, que foi julgada procedente, restando declarada a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 7.416/2003.

Demais disso, nos autos da ação civil pública nº 0001102-70.2010.4.05.8200 proposta pelo Ministério Público Federal, foi decretada a nulidade das autorizações e credenciamentos para exploração de atividades lotéricas expedidas pela LOTEPE, seja pela inconstitucionalidade da Lei nº 7.416/2003, seja pela impossibilidade de concessão a terceiros pelo exaurimento dos prazos das delegações firmadas com base no Decreto-Lei Federal nº 6.259/1944 cumulado com o Decreto-Lei Federal nº 204/1967.

Essa situação apenas fora alterada após o STF ter julgado procedentes as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental 492 e 493 reconhecendo que os Estados poderiam explorar as atividades lotéricas. Em decorrência disso foi promulgado o Decreto Estadual nº 41.037/2021,

⁹⁹ Portaria LOTEPE nº 2/2013: “Art. 23. O Agente Lotérico Licenciado, como condição de manutenção do credenciamento concedido pela LOTEPE, deverá cumprir as obrigações que se seguem: I - optar pelos planos de jogos lotéricos ofertados pela LOTEPE ou submeter à aprovação da LOTEPE proposta de plano de Jogo; II - dispor de pontos de venda no Estado da Paraíba; III - distribuir e comercializar os cartões da "Loteria Convencional" nos respectivos pontos de venda; IV - elaborar, orientar e executar campanhas publicitárias e ações de comunicação inerentes ao Plano de Jogo em vigor; V - Responsabilizar-se pela entrega dos prêmios em bens aos ganhadores; VI - dispor de sistemas logísticos de distribuição e comercialização dos cartões.”

¹⁰⁰ Havendo incidência de IR, os prêmios serão validados e quitados pela LOTEPE.

instituindo o regulamento da LOTEPE e prevendo a forma de exploração das atividades lotéricas no tempo presente.

Diferentemente dos normativos até então suscitados, referido Decreto ampliou as formas de exploração de atividades lotéricas, permitindo não só o modelo anterior de credenciamento de agentes lotéricos ou exploração direta, como também retomando a possibilidade de concessão do serviço público de loterias à iniciativa privada, tal como previsto na Lei Estadual nº 1.192/1955 que voltou a vigorar em sua integralidade após a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 7.416/2003, hipótese em que competirá à LOTEPE a fiscalização do serviço prestado pelo concessionário¹⁰¹.

A concessão da exploração dos serviços lotéricos foi prevista no artigo 9º do mesmo Decreto, sendo permitido que o objeto da delegação abranja uma, mais de uma, ou todas as modalidades lotéricas, conforme será definido no competente edital do certame licitatório¹⁰².

Muito embora até o momento não tenha sido lançado certame licitatório para concessão dos serviços lotéricos no Estado da Paraíba, o Decreto Estadual nº 41.037/2021 autoriza sua concessão em cenário semelhante ao presenciado no Estado de São Paulo.

4.1.3.2. Modalidades lotéricas exploradas

¹⁰¹ Decreto Estadual nº 41.037/2021: “Art. 2º. A LOTEPE desenvolve serviço público estadual de exploração de atividades lotéricas no território paraibano, direta ou indiretamente. § 1º A delegação da exploração de loterias estadual à iniciativa privada será processada em conformidade com a Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e a Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, tendo como parâmetro as mesmas modalidades lotéricas exploradas pela União. § 2º Na hipótese de concessão do serviço público de loterias estadual à iniciativa privada, incumbe à LOTEPE a fiscalização da respectiva exploração, a fim de garantir o permanente cumprimento das obrigações contratuais assumidas, sobretudo a integridade da distribuição da premiação anunciada e a exatidão dos pagamentos da remuneração devida ao Estado da Paraíba. § 3º Na hipótese de exploração direta do serviço público de loterias estadual, as empresas fornecedoras de infraestrutura e de solução tecnológica, poderão ser contratadas mediante legislação vigente que regulamente esses procedimentos.”

¹⁰² Decreto Estadual nº 41.037/2021: “Art. 9º. A exploração no Estado da Paraíba do serviço de loterias poderá ser concedida à iniciativa privada mediante Contrato de Concessão por meio de procedimento licitatório, processado nos termos da Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993. § 1º A concessão da exploração do serviço estadual de loterias poderá ter por objeto uma, mais de uma ou todas as modalidades lotéricas, na forma consignada no edital de divulgação do respectivo certame licitatório. § 2º Para a obtenção de aprovação para inclusão de nova modalidade ou tipo de jogo, a concessionária deverá apresentar à LOTEPE Plano de Jogo Lotérico contendo todas as informações requeridas para a exploração. § 3º Não se concederá ou não se autorizará a exploração de modalidades de jogos lotéricos quando não atender aos preceitos legais ou for duvidoso o resultado econômico do produto lotérico.”

O artigo 1º da Lei Estadual nº 7.416/2003 previu como modalidades lotéricas: (i) a loteria de números; (ii) a loteria instantânea; (iii) a videoloteria; (iv) o sistema lotérico em linha/tempo real; (v) a loteria especial permanente ou eventual; (vi) a loteria convencional; e (vii) a loteria mista.

Referidas modalidades lotéricas são definidas em seu artigo 5º:

Art. 5º - Poderão ser exploradas, mediante prévia autorização, as seguintes modalidades lotéricas que terão premiação em bens ou em dinheiro:

I - Loteria de Números - todo e qualquer concurso de sorteio manual. mecânico ou eletrônico de números, palavras, símbolos e loterias de qualquer natureza com distribuição de prêmios aos acertadores mediante rateio. prêmios pré-definidos ou prêmios bancados;

II - Loteria Instantânea - sorteios instantâneos realizados em bilhetes individuais próprios. mediante a cominação de números ou símbolos para a distribuição de premiação previamente estabelecida;

III - Videoloteria - equipamentos de apostas eletrônicas e eletromecânicas que operam com fichas, moedas, cédulas, cartões magnéticos e sistemas de créditos ou qualquer outra forma de identificação das apostas, que funcionarão em ambientes fechados, próprios para a atividade, com expressa autorização prévia da LOTE. sendo terminantemente proibida a entrada de menores de 18 (dezoito) anos'.

IV - Sistema Lotérico em linha/tempo real - loteria de prognósticos baseados em técnicas e recursos de informática em linha e tempo real;

V - Loteria Especial - loteria em que se sorteiam ao acaso números de 01 até 90, mediante sucessivas extrações, até que um ou mais concorrentes atinjam o objetivo;

VI - Loteria Convencional - venda de bilhetes previamente numerados. cujo sorteio efetivado em datas pré-fixadas, para distribuição aos acertadores de prêmios previamente anunciados;

VII - Loteria Mista - venda de bilhetes que reúnam características de duas ou mais modalidades.

Conquanto referida Lei tenha previsto sete “modalidades” lotéricas, a operação de loterias estaduais instituídas após a entrada em vigor do Decreto-Lei Federal nº 204/1967 fora objeto de diversas ações judiciais em todo o território nacional, situação também presenciada no Estado da Paraíba.

Conforme exposto previamente, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3277, foi declarada a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 7.416/2003 e nos autos da ação civil pública nº 0001102-70.2010.4.05.8200 foi decretada a nulidade das autorizações para exploração de atividades lotéricas previamente expedidas pela LOTE.

Tendo esta ação civil pública transitado em julgado no ano de 2020, a LOTEPE expediu a Portaria nº 19/2020 cancelando todos os certificados de permissão¹⁰³ de serviços lotéricos associados à Loteria Instantânea e de Prognóstico por ela emitidos, permanecendo válidos única e exclusivamente os certificados de permissão atrelados à operacionalização do Bilhete Lotérico Tradicional “Sorte Sua”, **sendo a modalidade lotérica instantânea a única modalidade explorada atualmente no âmbito do Estado da Paraíba.**

Embora não haja previsão legal para tanto, diante da declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 7.416/2003, sendo vedadas as hipóteses de autorização e credenciamento, atualmente a LOTEPE celebra contratos atípicos para prestação de serviço de revenda dos bilhetes “Sorte Sua” pelos pontos de venda interessados.

Entretanto, referido cenário mudou drasticamente em razão do julgamento das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 492 e 493 pelo Supremo Tribunal Federal, conforme já fora objeto de análise. O julgamento das mencionadas ações levou o Estado da Paraíba a promulgar o Decreto Estadual nº 41.037/2021 que em seu artigo 6º estabelece as modalidades lotéricas passíveis de exploração direta ou indiretamente pela LOTEPE e as caracteriza:

Art. 6º O serviço público que perfaz a exploração de atividades lotéricas, para os fins deste decreto compreende:

I - loteria tradicional ou convencional;

II - loteria instantânea;

III - sistema lotérico em linha e em tempo real;

IV - loteria especial (permanente ou eventual);

V - loteria mista;

VI - loteria de prognóstico numérico; e,

VII - as apostas de quota fixa.

§ 1º A loteria tradicional ou convencional se estabelece pela venda de bilhetes previamente numerados, cujo sorteio é efetivado em datas pré-fixadas, culminando na distribuição aos ganhadores de prêmios previamente anunciados.

§ 2º A loteria instantânea corresponde a sorteios instantâneos realizados em elementos sorteáveis individuais próprios, mediante a combinação de números ou símbolos para distribuição de premiação previamente estabelecida.

§ 3º O sistema lotérico em linha/em tempo real, caracterizado pela loteria de prognóstico, é baseado em técnicas e recursos de informática em linha e em tempo real para apuração de resultados.

§ 4º A loteria especial, que poderá ocorrer de forma permanente ou eventual, tem como lastro o sorteio de números ao acaso, até que um ou mais concorrentes atinjam o objetivo.

¹⁰³ Trata-se de termo técnico utilizado para fazer menção aos termos de autorização e credenciamento outorgados previamente.

§ 5º A loteria mista se desenvolve por meio da oferta de bilhetes, de forma que a possibilidade de obtenção dos prêmios ocorrerá mediante a aplicação de duas ou mais modalidades de loterias.

§ 6º A loteria de prognóstico numérico se caracteriza por bilhetes adquiridos e preenchidos pelos apostadores, contendo números, símbolos ou caracteres que, uma vez sorteados, aleatoriamente, determinem um ou mais vencedores, conforme o Plano de Jogo Lotérico correspondente, permitindo assim que o apostador vencedor receba o prêmio previsto no regulamento do jogo.

§ 7º Apostas de quota fixa, sistema de apostas relativas a eventos reais de temática esportiva, em que é definido, no momento de efetivação da aposta, quanto o apostador pode ganhar em caso de acerto do prognóstico.

Embora todas as modalidades listadas no artigo supra transcrito estejam aptas para exploração em função do Decreto Estadual nº 41.037/2021, sua operacionalização depende da formalização dos competentes instrumentos de delegação a serem firmados caso a LOTEOP opte pela exploração indireta dos serviços, o que não ocorreu até o momento.

É importante ressaltar, outrossim, que o Decreto Estadual nº 41.037/2021 retoma modalidades lotéricas previstas na Lei Estadual nº 7.416/2003 – declarada inconstitucional –, existindo o risco de serem igualmente declaradas inconstitucionais as modalidades que não se coadunam com as dispostas na Lei Federal nº 13.756/2018, uma vez que foi reconhecido no âmbito das ADPFs 492 e 493 a competência da União para estabelecimento de modalidades lotéricas.

4.1.3.3. Remuneração dos operadores e compartilhamento de receitas com o Estado

A forma de remuneração e compartilhamento de receitas advindas da exploração de serviços lotéricos obviamente depende do modelo de negócio em análise, razão pela qual suscitaremos ambas as hipóteses.

No modelo em que os agentes lotéricos se credenciavam perante a LOTEOP, a remuneração era estipulada por meio de regramento da própria autarquia ao dispor acerca dos procedimentos para credenciamento.

Nos termos da Portaria LOTEOP nº 2/2013, os planos de jogos prevendo premiação de bens e/ou dinheiro aprovados pela LOTEOP foram regidos de acordo com as seguintes condições comerciais¹⁰⁴:

¹⁰⁴ Tabela de Condições Comerciais que figura como Anexo I da Portaria LOTEOP nº 2/2013.

Tabela 06. Condições comerciais da LOTEF

Pedido de Emissão de Bilhetes	Valor Face dos Bilhetes	Participação do Agente	Plano de marketing
10.000	R\$ 5,00 inteiro R\$ 1,00 a fração	20% (vinte por cento) à vista	5% (cinco por cento)
20.000	R\$ 5,00 inteiro R\$ 1,00 a fração	20% (vinte por cento) à vista	7% (sete por cento)

Nos termos do artigo 20 da Portaria LOTEF nº 2/2013, o pagamento de cada plano de jogo (produto entre a quantidade de bilhetes emitidos e o valor unitário de venda de cada cartão) pelo agente lotérico credenciado poderia ser efetuado a vista ou a prazo, conforme disposto na tabela acima.

Ademais, conforme disposto no artigo 26 da Portaria¹⁰⁵, o agente lotérico deveria arcar, no ato da aquisição dos bilhetes, com os valores referentes a: (i) prêmios sujeitos a tributação de IR na fonte; (ii) IR incidente sobre os prêmios, uma vez que compete à LOTEF o respectivo recolhimento; e (iii) à receita líquida da LOTEF, calculada levando em consideração os descontos a serem realizados, inclusive o seu comissionamento.

Compete frisar, outrossim, que a tabela de condições comerciais transcrita acima poderia ser alterada a qualquer tempo pela LOTEF, desde que precedida de publicação na imprensa comercial.

Não obstante a forma de compartilhamento de receitas exarada acima, que demonstra as receitas auferidas pela LOTEF, o recente Decreto nº 41.037/2021 estabelece as demais fontes de receitas da LOTEF, a saber:

Art. 4º Constituem receitas da LOTEF:

I - o resultado apurado na venda de bilhetes de loterias;

II - dotações orçamentárias consignadas em seu favor;

¹⁰⁵ Portaria LOTEF nº 2/2013: “Art. 26. Da receita bruta de cada plano de jogo, o Agente Lotérico Licenciado, no ato da sua aquisição, deverá repassar à LOTEF, os valores referentes a I - Prêmios a serem validados sujeitos a tributação de IR na fonte; I - Imposto de Renda incidente sobre os prêmios (BENS/DINHEIRO), sujeitos a tributação; II - Receita líquida da LOTEF.”

- III - recursos provenientes da celebração de contratos, credenciamentos, licenciamentos, convênios e acordos;*
- IV - receitas oriundas da alienação de bens móveis e imóveis desincorporados de seu patrimônio;*
- V - prestação dos serviços administrativos decorrentes da transferência de titularidade nos contratos, firmados para com a LOTEP, por alienação, sucessão ou outros;*
- VI - prestação dos serviços administrativos decorrentes da renovação obrigatória anual dos contratos, firmados para com a LOTEP;*
- VII - prestação de serviço digital por aplicativos de multiplataforma e streaming;*
- VIII - prestação do serviço de análise de planos de sorteios apresentados por empresas/interessados;*
- IX - prestação do serviço de realização de sorteios avulsos;*
- X - registro de campanhas promocionais;*
- XI - prestação do serviço de realização de sorteios objeto de campanhas;*
- XII - utilização da marca LOTEP, por terceiros, com ênfase para credibilidade da autarquia estadual;*
- XIII - outras rendas eventuais, inclusive resultantes sempre da prestação de serviços.*

Embora a própria redação do Decreto Estadual nº 41.037/2021 demonstre a possível intenção do Estado da Paraíba em conceder a exploração dos serviços lotéricos, reitera-se que até o momento não houve a publicação de edital, ou mesmo de procedimento de manifestação de interesse para modelagem de uma eventual concessão que poderá levar, ainda, ao desenvolvimento de novas fontes de compartilhamento de receitas em benefício da LOTEP.

4.1.4. Minas Gerais

4.1.4.1. LEMG em perspectiva histórica

A Loteria do Estado de Minas Gerais – LEMG foi instituída pelo Decreto-Lei Estadual nº 165/1939 visando a exploração pelo próprio Estado do serviço de loterias, possibilitando destinar auxílio a estabelecimentos de instrução e ao desenvolvimento da cultura física do Estado.

Estabelecida a estrutura orgânica da administração pública do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais por meio da Lei Estadual nº 23.304/2019, a LEMG, caracterizada como entidade autárquica

dotada de autonomia administrativa e financeira, personalidade jurídica de direito público e com prazo de duração indeterminado¹⁰⁶, foi vinculada à Secretaria de Estado de Fazenda – SEF¹⁰⁷.

O Decreto Estadual nº 47.902/2020 instaurou o Regulamento da LEMG, prevendo sua competência para gerar recursos mediante exploração de jogos lotéricos e similares no Estado e destiná-los à promoção do bem-estar social e a programas sociais. Confira-se:

Art. 2º – A Lemg tem como competência gerar recursos e destiná-los à promoção do bem-estar social e a programas nas áreas de assistência, desportos, educação, saúde e desenvolvimento social, mediante exploração de jogos lotéricos e similares no Estado, incluindo o jogo eletrônico por meio físico e digital, com atribuições de:
I – planejar, coordenar, autorizar, credenciar, dirigir, executar, fiscalizar, distribuir e controlar as atividades relacionadas à exploração do jogo lotérico e similares, incluindo o jogo eletrônico por meio físico e digital, observada a legislação federal atinente à matéria;

II – promover e implementar planos de jogos, programas e projetos que visem à exploração do mercado lotérico e similares;

III – articular-se com instituições congêneres de outras unidades da federação, com vistas à conjugação de esforços e à concretização de objetivos comuns.

§ 1º – Para fins do disposto no caput, a Lemg poderá delegar a empresas com comprovada idoneidade e capacidade técnico-financeira, mediante permissão e concessão, as atividades operacionais inerentes à exploração do jogo lotérico e similares, incluindo o jogo eletrônico por meio físico e digital, observada a legislação federal, ressalvadas as atividades de autorização, credenciamento, acompanhamento, controle e fiscalização.

§ 2º – Considera-se “jogo lotérico” toda operação, jogo ou aposta na modalidade de concurso de prognóstico, para obtenção de prêmio em dinheiro ou em bens de outra natureza, independentemente da denominação e processo de extração adotado, incluído o jogo eletrônico por meio físico e digital.

§ 3º – Os jogos lotéricos serão objeto de regulamentação constante de plano lotérico de jogo devidamente aprovado por portaria do Diretor-Geral da Lemg.

Desta forma, fica caracterizada a competência da LEMG para explorar direta ou indiretamente a loteria na modalidade de prognósticos, modalidade prevista no § 2º do artigo transcrito acima.

¹⁰⁶ Decreto Estadual nº 47.902/2020: “Art. 1º. A Loteria do Estado de Minas Gerais – Lemg, a que se refere o art. 71 da Lei nº 22.257, de 27 de julho de 2016, entidade autárquica instituída pelo Decreto-lei nº 165, de 10 de janeiro de 1939, ratificado pelo Decreto Federal nº 3.850, de 22 de março de 1939, e regulamentada pela Lei nº 6.265, de 18 de dezembro de 1973, rege-se por este decreto e pela legislação aplicável. Parágrafo único. A Lemg tem autonomia administrativa e financeira, personalidade jurídica de direito público, prazo de duração indeterminado, sede e foro em Belo Horizonte e vincula-se à Secretaria de Estado de Fazenda – SEF, nos termos do inciso II do § 2º do art. 34 da Lei nº 23.304, de 30 de maio de 2019.”.

¹⁰⁷ Lei Estadual nº 23.304/2019: “Art. 34. Compõem a estrutura básica da SEF, além do previsto nos incisos I a V do § 1º do art. 18: (...) § 2º - Integram a área de competência da SEF: (...) II - por vinculação: (...) b) a Loteria do Estado de Minas Gerais – Lemg.

Não obstante, o inciso I do mesmo artigo faz menção à **jogo lotérico e similares**. Nesse sentido, impende ressaltar que o Decreto Estadual nº 31.163/199 instituiu a loteria de números, posteriormente denominada loteria instantânea, que “consiste na premiação de números, letras ou símbolos encobertos em cartões especiais e de segurança comprovada e garantida contra violações, propiciando o sorteio individual, direto e imediato pelo apostador”, compreendendo, assim, a modalidade lotérica usualmente denominada “raspadinha”.

Atualmente a LEMG promove a exploração de serviços lotéricos em duas frentes distintas. Conduz diretamente a loteria instantânea, pela própria autarquia, enquanto a modalidade de prognóstico numérico é explorada mediante concessão de serviço público.

4.1.4.2. Atribuições da LEMG

Em uma primeira leitura do art. 2º do Decreto Estadual nº 47.902/2020, poderia se subsumir que a LEMG efetuará apenas a exploração de serviços lotéricos na modalidade de prognóstico numérico. Ocorre, entretanto, que além do verbete “similares” utilizado na redação do art. 2º, inciso I transcrito acima, o mesmo artigo faz também remissão à legislação federal atinente à matéria.

Assim, embora não tenham sido delimitadas as modalidades lotéricas passíveis de exploração pela LEMG, subsume-se que a exploração dos serviços lotéricos no Estado de Minas Gerais pode abranger todas as modalidades lotéricas devidamente previstas no ordenamento jurídico pátrio.

Inclusive, nesse sentido, recentemente foi publicado pela LEMG o Edital de **Procedimento de Manifestação de Interesse nº 01/2021**, que tem como objetivo a obtenção de “estudos de viabilidade, levantamentos, investigações, dados, informações técnicas, projetos ou pareceres para estruturação de modelo de concessão” do serviço público de Loteria Convencional (passiva) e da Loteria de Números, Sorteio Individual e Imediato (loteria instantânea) em meio físico.

Não obstante a novel legislação acerca da exploração de serviços lotéricos, o Estado de Minas Gerais configura-se como importante objeto de estudo por já contar com uma rede lotérica implementada.

Ademais, conforme disposto no art. 2º, § 2º, do Decreto Estadual nº 47.902/2020, a LEMG possui atribuição de exploração dos serviços lotéricos no âmbito estadual, podendo optar por exercê-la direta

ou indiretamente. Caso opte por esta última, a LEMG poderá delegar as atividades operacionais da exploração de jogos lotéricos mediante permissão e/ou concessão.

O Decreto Estadual nº 47.902/2020, ao estabelecer o regulamento da LEMG, previu as competências da Gerência de Desenvolvimento e Controle de Jogos que tem como competência supervisionar e acompanhar as atividades relativas à criação e à distribuição dos jogos, o controle e o processamento de premiados, gerir os contratos de concessão e permissão relacionados à exploração de jogos da autarquia.

Para isso, a mencionada Gerência possui as atribuições de: (i) gerenciar as atividades relacionadas à criação e à operação de emissão de produtos lotéricos, seu controle de qualidade e estoque, dos planos de jogos implantados, bem como acompanhamento e inutilização dos bilhetes premiados e pagos; (ii) gerenciar as tecnologias de controle de jogos lotéricos relativas ao desenvolvimento, implantação, monitoramento e prospecções adequadas; (iii) acompanhar a entrega dos planos de jogos lotéricos e as prestações de contas encaminhadas pelos agentes lotéricos; (iv) gerenciar as atividades de credenciamento de agentes lotéricos, permissionários¹⁰⁸ e concessionários; (v) gerenciar as informações referentes à vigência de contratos e informações relativas a pendências e restrições de fornecedores, pareceres jurídicos e notificações; (vi) acompanhar os indicadores de desenvolvimento e performance físico-financeira dos contratos; e (vii) controlar o movimento das contas vinculadas à exploração dos jogos lotéricos, conferindo e conciliando os saldos, de forma a evidenciar sua atualização.

Conforme sopesado previamente, atualmente a LEMG conduz diretamente a loteria instantânea, enquanto a modalidade de prognóstico numérico é explorada mediante concessão de serviço público.

No que diz respeito a loteria instantânea, apesar de sua exploração ser conduzida diretamente pela Autarquia, essa ainda conta com agentes privados para fins de distribuição e comercialização da referida modalidade, mediante credenciamento. O credenciamento de agentes lotéricos para exploração da loteria instantânea é regulamentado pela Portaria LEMG nº 70/2011, normativo que também define os critérios gerais de comercialização aplicáveis.

¹⁰⁸ Embora o Decreto Estadual nº 47.902/2020 tenha previsto a possibilidade de exploração dos serviços lotéricos mediante permissão, o modelo não fora adotado até o momento.

Assim, o agente credenciado poderá optar pela comercialização dos Planos de Jogos Lotéricos ofertados pela própria LEMG, ou ainda submeter à aprovação da LEMG proposta de plano de jogo, nos termos do art. 23 da Portaria LEMG nº 70/2011.

Conforme disposto no artigo 2º da referida Portaria, o credenciamento para distribuição e comercialização dos cartões emitidos pelos planos de jogos da loteria instantânea pode ser requerido por pessoas físicas ou jurídicas diretamente perante à LEMG, estando sujeita ao cumprimento de uma série de requisitos prévios¹⁰⁹.

Ao agente lotérico credenciado, conforme determinado nos artigos 23 e 24 da Portaria LEMG nº 70/2011, compete distribuir e comercializar os bilhetes da loteria instantânea em seus postos de venda dispostos no Estado de Minas Gerais, bem como elaborar e executar campanhas publicitárias atreladas aos planos de jogo em comercialização e responsabilizar-se pela entrega e pagamento de prêmios, desde que não haja incidência de Imposto de Renda.¹¹⁰

¹⁰⁹ Portaria LEMG nº 70/2011: “Art. 3º. A efetivação do Credenciamento de Agente Lotérico será feita mediante atendimento, pelo interessado, dos seguintes pré requisitos: I - formalização de pedido de credenciamento como Agente Lotérico Licenciado, conforme modelo constante no Anexo II desta portaria e disponível no site www.loteriademinas.com.br ; II - declaração formal de opção pelo plano de jogo a ser distribuído e comercializado dentre os disponibilizados e/ou aprovados pela Loteria do Estado e Minas Gerais; III - apresentação de original ou cópia autenticada por autoridade competente de: a) ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor e suas alterações posteriores ou instrumento consolidado, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores; b) inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova da diretoria em exercício; c) decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir; d) prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CNPJ); e) prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do requerente, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com a comercialização/exploração de cartões lotéricos; f) comprovante de pagamento de taxa de localização à prefeitura municipal competente; g) CPF, CI e comprovante de residência dos sócios/diretores; h) prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licenciado, ou outra equivalente, na forma da lei; i) prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei; j) certidão de antecedentes criminais a demonstração de idoneidade da pessoa física, dos sócios/diretores e representantes legais; k) relação dos pontos de venda, constando endereço completo, com e atualização permanente. (...) IV - Opção da modalidade de garantia: a) Caução em moeda corrente do país; b) Fiança bancária; c) Seguro garantia; d) Hipoteca.”

¹¹⁰ Portaria LEMG nº 70/2011: “Art. 23. O Agente Lotérico Licenciado, como condição de manutenção do credenciamento concedido pela LEMG, deverá cumprir as obrigações que se seguem: I. optar pelos planos de jogos lotéricos ofertados pela LEMG ou submeter à aprovação da LEMG proposta de plano de Jogo; II. dispor de pontos de venda no Estado de Minas Gerais; III. distribuir e comercializar os cartões da “Loteria Instantânea” nos respectivos pontos de venda; IV. elaborar, orientar e executar campanhas publicitárias e ações de comunicação inerentes ao Plano de Jogo em vigor; V. Responsabilizar-se pela entrega dos prêmios em bens aos ganhadores; VI. dispor de sistemas logísticos de distribuição e comercialização dos cartões. Art. 24 - O gerenciamento dos recursos referentes aos pagamentos dos prêmios contidos no plano de jogo, que não incidem IR, será de responsabilidade do Agente Lotérico Licenciado.”

O recolhimento de Imposto de Renda incidente sobre os prêmios contidos nos planos de jogo em comercialização é de total responsabilidade da LEMG, conforme disposto no art. 25 da Portaria LEMG nº 70/2011.

Embora o recolhimento de Imposto de Renda seja de competência da LEMG, o agente lotérico credenciado deve repassar à LEMG, no momento da aquisição dos bilhetes lotéricos, o valor do Imposto de Renda incidente sobre os prêmios, o custo de confecção e impressão dos bilhetes, assim como a receita líquida da LEMG.

4.1.4.3. Concessão para exploração da modalidade de prognósticos numéricos

Não obstante a exploração de loteria instantânea mediante credenciamento, cumpre-nos ressaltar, em relação à exploração da modalidade de prognósticos numéricos, que a LEMG promoveu, em novembro de 2009, a publicação do Edital de Concorrência Pública Internacional nº 001/2009 para concessão de serviços de implantação e operação no Estado de Minas Gerais de jogos do sistema *online real time*.

O mencionado procedimento licitatório teve seu critério de julgamento definido pela **maior oferta pela outorga** da concessão dos serviços de implantação e operação dos jogos lotéricos, estipulando o **lance mínimo de 30% (trinta por cento) calculado sobre a arrecadação líquida semanal da concessionária**.

A concessão em voga permitia a participação de empresas nacionais e estrangeiras, isoladamente ou em consórcio, desde que fossem preenchidos os requisitos de habilitação jurídica, qualificação econômico-financeira e técnica.

Para a **qualificação econômico-financeira** dos Licitantes, foi exigida a apresentação de balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício, acompanhada de análise do balanço devidamente assinada por Contador competente e certidão negativa de falência ou concordata. Para além disso, foi exigida a prestação **de garantia de contrato, no valor de R\$ 23.010.000,00 (vinte e três milhões e dez mil reais)** ou U\$ 11.386.702,00 (onze milhões, trezentos e oitenta e seis mil e setecentos e dois dólares), pelo prazo de execução do contrato, nas seguintes modalidades: (i) fiança bancária ou seguro garantia, ou (ii) caução em dinheiro ou títulos da dívida pública.

Quanto à **qualificação técnica**, foi exigida a comprovação da aptidão da empresa ou Consórcio mediante a apresentação de atestados de desempenho anteriores declarando: **(i)** que a empresa **tem em operação ou operou no mínimo 1.500 (um mil e quinhentos) terminais de jogos distribuídos em mais de um Município**, ou em caso de consórcio, que tenha operado no mínimo 1.950 (um mil, novecentos e cinquenta) terminais distribuídos em mais de um Município; **(ii)** que a empresa **captou no mínimo 100.000.000 (cem milhões) de apostas por ano**, ou em caso de consórcio, que tenha captado no mínimo 130.000.000 (cento e trinta milhões) de apostas por ano.

Além disso, o licitante deveria comprovar que **realizou extrações em intervalos iguais ou inferiores a 5 (cinco) minutos, que seu sistema possuísse capacidade de operar com 5 (cinco) jogos simultâneos**, bem como informar todas as informações relativas ao seu sistema (*hardware, software* e demais componentes).

O Edital impôs ao concessionário a obrigação pela implantação de todo o sistema de jogos, assim como sua manutenção durante a vigência do contrato, incluindo a disponibilização de central de processamento de dados dotado de medidas de segurança e controle.

Foi imposto ao concessionário, ainda, o fornecimento, operação, manutenção e atualização, por sua própria conta, de uma rede de comunicações integrada por uma variedade de equipamentos, serviços, aplicações e protocolos de comunicação preparados para assegurar que a informação seja segura e eficientemente transmitida entre o *Data Center* e os terminais de apostas instalados nos pontos de venda.

Em relação aos pontos de venda, compete à Concessionária fornecer os suprimentos necessários para mantê-los em funcionamento, realizar manutenção dos equipamentos e manter operante toda a infraestrutura de *hardware, software*, redes e comunicação.

Em que pese a complexidade do sistema de jogos exigido, **nem o Edital ou o contrato de concessão firmado posteriormente previram a reversibilidade dos bens**, limitando-se a determinar que, ao final do contrato, a concessionária disponibilize acesso às informações sobre todo o movimento realizado por 180 (cento e oitenta) dias após o encerramento do contrato.

No mesmo prazo, a concessionária deverá manter instaladas e operacionais as funcionalidades de emissão de relatórios do sistema de gestão de jogos e a ferramenta de geração de relatórios para utilização pelo Poder Concedente.

O Consórcio Intralot sagrou-se vencedor do certame licitatório, tendo celebrado o Contrato de Concessão nº 001/2010 junto ao Estado de Minas Gerais para implantação e operação de jogos do sistema *online/real time*, no Estado de Minas Gerais. O contrato fora celebrado prevendo o **prazo de vigência de 6 (seis) anos**, prorrogáveis por igual período, desde que atingidas as metas estabelecidas e cumpridos os indicadores de desempenho.

Foi atribuído ao contrato o valor de R\$ 460.200.000,00 (quatrocentos e sessenta milhões e duzentos mil reais), valor estimado em arrecadação bruta pelo prazo de vigência estabelecido.

A cláusula 11 do contrato previu a **evolução do número de terminais de apostas em operação**, respeitados os limites mínimos de: (i) 500 (quinhentos) terminais quando do início da operacionalização do primeiro jogo; (ii) 1.000 (um mil) terminais até o término do primeiro ano de contrato; e (iii) 2.500 (dois mil e quinhentos) terminais até o término do terceiro ano de contrato.

Além da evolução do número de terminais, a concessionária se comprometeu a garantir a disponibilidade do sistema de jogos a fim de assegurar que a arrecadação não seja comprometida, estipulando-se o limite **mínimo tolerável de disponibilidade no percentual de 99,80% ao mês**.

A disponibilidade é auferida por meio de relatórios mensais expedidos, separadamente, para cada um dos jogos em operação, pela concessionária. Caso sejam constatados períodos de indisponibilidade que superem o limite tolerável, a concessionária deverá ressarcir à LEMG o valor correspondente à perda de arrecadação no período de indisponibilidade que exceda o limite imposto.

Outrossim, a fim de impor transparência à concessão, a cláusula 13 do Contrato previu a competência para que a LEMG tenha acesso, a partir de computador instalado em sua sede pela concessionária, a: (i) emissão de relatório de acompanhamento financeiro, por jogo, para períodos parametrizáveis, considerando a arrecadação bruta, a premiação bruta, a comissão dos revendedores, as despesas com marketing e premiação, além dos valores devidos à concessionária e à LEMG; (ii) emissão de relatório de prêmios prescritos; (iii) emissão de relatório de pontos de venda; e (iv) emissão de relatório detalhado por terminais de apostas.

A concessionária se obrigou, ainda, por meio do contrato de concessão, a efetuar, diretamente ou por meio de terceiros, **o pagamento de prêmios aos ganhadores no prazo máximo de 2 (dois) dias úteis após a apresentação do recibo de aposta premiado** em qualquer ponto de venda. Ao contrário do que se aplica à loteria instantânea, no regime de concessão a concessionária se obrigou, ainda, pelo recolhimento do Imposto de Renda devido sobre a premiação, devendo enviar semanalmente à LEMG cópia das guias de recolhimento devidamente quitadas.

Por fim, o contrato de concessão previu a eleição do foro da comarca de Belo Horizonte – MG para dirimir toda as questões oriundas do contrato.

4.1.4.4. Modalidades lotéricas exploradas

Conforme fora abordado previamente, nos termos do art. 2º, § 2º do Decreto Estadual nº 47.902/2020, o Estado de Minas Gerais optou por limitar as modalidades lotéricas exploradas apenas ao concurso de prognóstico, modalidade que encontra previsão na Lei Federal nº 13.756/2018, não havendo qualquer impedimento para exploração pelo Estado. Entretanto, conforme já cotejado, além da modalidade de prognósticos numéricos, a LEMG também explora, diretamente, a loteria instantânea, por meio de credenciamento de agentes lotéricos.

A loteria instantânea foi instituída por meio do Decreto Estadual nº 31.163/1990 e, nos termos da Portaria LEMG nº 70/2011 – I norma mais recente que repete o normativo previamente citado –, “consiste na premiação de números, letras ou símbolos encobertos em cartões especiais e de segurança comprovada e garantida contra violações, propiciando o sorteio individual, direto e imediato pelo apostador”, compreendendo, assim, a modalidade lotérica denominada raspadinha.

Os planos de jogos atrelados à loteria instantânea são regulamentados individualmente por meio de portarias específicas expedidas pelo Diretor-Geral da LEMG e comercializadas por meio de agentes lotéricos credenciados junto à LEMG, mediante Termo de Credenciamento, título de natureza precária e sem prazo determinado.

A confecção e impressão dos bilhetes é de responsabilidade da LEMG, que se vale de gráficas contratadas para a prestação do serviço.

A emissão dos bilhetes da loteria instantânea se dá em lote de 500.000 (quinhentos mil) cartulas, no mínimo, para cada pedido do agente lotérico, nos termos do art. 6º da Portaria LEMG nº 70/2011. Os pedidos realizados podem ser compostos pelo somatório das quantidades de cartões de planos de jogos diferentes.

Outrossim, levando em consideração as frentes distintas de exploração dos serviços lotéricos, compete-nos abordar acerca da modalidade lotérica de prognósticos numéricos explorada em decorrência da celebração do contrato de concessão entre a LEMG e o Consórcio Intralot.

Os concursos de prognósticos numéricos, originariamente definidos como concurso de prognósticos sobre o resultado de sorteio de números, promovido em datas previamente fixadas, com distribuição de prêmios mediante rateio, foram instituídos no âmbito estadual por meio da Lei Estadual nº 9.475/1987,

Não obstante, referida modalidade fora mantida pelo Decreto Estadual nº 47.902/2020, que estabeleceu o regulamento da LEMG.

Conforme disposto no contrato de concessão, competia à concessionária submeter à aprovação da LEMG os planos de jogos antes de sua implementação. Contudo, conforme constou na cláusula 14.7.1. do contrato de concessão nº 001/2010, a LEMG planejava ofertar inicialmente o jogo de prognóstico numérico do tipo “Keno” com ciclos de extração de 4 (quatro) a 6 (seis) minutos.

O jogo de prognóstico numérico do tipo Keno foi implementado e continua a ser explorado até os dias atuais pelo Consórcio Intralot.

Demais disso, foi previsto na cláusula 14.7.2. do contrato de concessão nº 001/2010 que, até o prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias após a implantação do primeiro jogo lotérico a concessionária deveria apresentar mais um plano de jogo para implantação imediata, além de posterior definição conjunta entre a concessionária e a LEMG para implantação de novos jogos.

Passados onze anos desde a celebração do contrato de concessão, a concessionária explora a comercialização de 6 (seis) produtos lotéricos, sendo os jogos Keno Minas, Multiplix, Minas 5 e Totolot da modalidade de prognóstico numérico e os jogos Speedrace e Totogol da modalidade de prognóstico numérico de cota fixa. Todas as modalidades mencionadas encontram-se abrangidas pela modalidade de prognóstico numérico prevista na Lei Federal nº 13.756/2018.

4.1.4.5. *Remuneração dos operadores e compartilhamento de receitas com o Estado*

A exploração da loteria instantânea mediante credenciamento é regida pela Portaria LEMG/2011, que prevê a forma de remuneração das partes envolvidas.

Conforme tabela de condições comerciais que integra a Portaria LEMG nº 70/2011 como Anexo I, o agente lotérico credenciado faz jus a um percentual de 25% (vinte e cinco por cento) a 28% (vinte e oito por cento) do valor dos bilhetes, a depender do número de bilhetes adquiridos, bem como do seu valor de face e da forma de pagamento pelo agente lotérico. Além disso, o agente lotérico faz jus, ainda, a um percentual de 5% (cinco por cento) a 9% (nove por cento) do valor a título de plano de marketing.

Nos termos da Portaria LEMG nº 70/2011, que apresenta muitas similitudes com a forma de remuneração abordada ao analisarmos o Estado da Paraíba, os planos de jogos prevendo premiação de bens e/ou dinheiro aprovados pela LEMG foram regidos de acordo com as seguintes condições comerciais¹¹¹:

Tabela 07. Condições comerciais da LEMG

Pedido de Emissão de Bilhetes	Valor Face dos Bilhetes	Participação do Agente	Plano de marketing
Cartão Padrão			
500.000 a 1.000.000	R\$ 1,00	25% a prazo	5%
500.000 a 1.000.000	R\$ 1,00	27% a vista	5%
500.000 a 1.000.000	R\$ 2,00	27% a prazo	7%
500.000 a 1.000.000	R\$ 2,00	28% a vista	7%
Até 2.000.000	R\$ 1,00 ou mais	26% a prazo	8%
Até 2.000.000	R\$ 1,00 ou mais	28% a vista	8%
Acima 2.000.000	R\$ 1,00 ou mais	26% a prazo	9%
Acima 2.000.000	R\$ 1,00 ou mais	28% a vista	9%
Cartão com duas frações			
500.000 a 1.000.000	R\$ 0,50	25% a prazo	5%
500.000 a 1.000.000	R\$ 0,50	27% a vista	7%
Até 2.000.000	R\$ 0,50	26% a prazo	7%
Até 2.000.000	R\$ 0,50	28% a vista	8%

¹¹¹ Tabela de Condições Comerciais que figura como Anexo I da Portaria LEMG nº 70/2011.

Acima 2.000.000	R\$ 0,50	26% a prazo	7%
Acima 2.000.000	R\$ 0,50	28% a vista	9%
Mínimo de 500.000	R\$ 1,00	26% a prazo	7%
Mínimo de 500.000	R\$ 1,00	28% a vista	8%
Cartão com quatro frações			
Mínimo de 500.000	R\$ 0,50	26% a prazo	7%
Mínimo de 500.000	R\$ 0,50	28% a vista	8%
Cartão com seis frações			
Mínimo de 500.000	R\$ 0,50	26% a prazo	8%
Mínimo de 500.000	R\$ 0,50	28% a vista	8%

Nos termos do artigo 20 da Portaria LEMG n° 70/2011, o pagamento de cada pedido de Plano de Jogo pelo agente lotérico credenciado poderá ser efetuado a vista ou a prazo, conforme disposto na tabela acima.

Ademais, conforme o artigo 26 da Portaria, o agente lotérico deve arcar, no ato da aquisição dos bilhetes, com os valores referentes a: (i) prêmios sujeitos a tributação de Imposto de Renda - IR na fonte; (ii) IR incidente sobre os prêmios; e (iii) custo de confecção e impressão dos cartões; e (iii) receita líquida da LEMG.

Para além da exploração da loteria instantânea, destaca-se ainda, as condições pelas quais se dá a remuneração e compartilhamento de receitas no âmbito do contrato de concessão para exploração da modalidade de prognóstico numérico.

A forma de remuneração das Partes foi prevista na cláusula 6.1. do Contrato de Concessão, tendo sido ratificada a outorga de 30,10% da arrecadação líquida proposta pela Concessionária:

CLÁUSULA SEXTA – DA REMUNERAÇÃO DAS PARTES

6.1 – As partes serão remuneradas com base na arrecadação líquida.

6.1.1 – A arrecadação líquida será calculada pela fórmula:

Sendo:

$\text{Arrecadação líquida} = \text{Arrecadação bruta} - \text{despesa com Marketing} - \text{despesa com Premiação}$

6.1.1.1 – Arrecadação bruta: valor total arrecadado em apostas;

6.1.1.2 – Despesa com Marketing: valor correspondente ao montante arrecadado em apostas multiplicado pelo percentual aprovado em cada plano de jogo destinado a publicidade;

6.1.1.3 – Premiação: valor correspondente ao montante arrecadado em apostas multiplicado pelo percentual aprovado em cada plano de jogo destinado a premiação.

6.2 – Caberá à LEMG o valor equivalente a 30,10% da arrecadação líquida, a título de remuneração pela concessão.

6.3 – Para execução do objeto contratual, caberá à CONCESSIONÁRIA o valor equivalente a 69,90% da arrecadação líquida.

Desta forma, o Poder Concedente faz jus ao recebimento de 30,1% (trinta vírgula um por cento) da arrecadação líquida decorrente da exploração de serviços lotéricos, enquanto a Concessionária permanece com 69,9% (sessenta e nove vírgula nove por cento) para operacionalização e custeio do sistema lotérico, a qual inclui, por certo, a remuneração pelo capital investido.

O repasse dos valores devidos à LEMG, nos termos da cláusula 7.1. do contrato de concessão, deve ser realizado semanalmente, até o terceiro dia útil de cada semana, mediante quitação de DAE – Documento de Arrecadação Estadual¹¹².

4.1.5. Rio de Janeiro

A Loteria do Estado do Rio de Janeiro – LOTERJ é uma autarquia com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, com gestão administrativa e financeira descentralizada, vinculada à Secretaria de Estado da Casa Civil, tendo como atribuições a administração, gerenciamento e fiscalização das atividades lotéricas no âmbito do Estado do Rio de Janeiro¹¹³.

¹¹² Contrato de Concessão nº 001/2010: “7.1. O rateio do valor arrecadado nas apostas captadas será realizado semanalmente, até o terceiro dia útil de cada semana, devendo nestas datas a CONCESSIONÁRIA transferir o valor devido à LEMG. 7.2. Os repasses em favor da LEMG serão efetivados mediante quitação de DAE – Documento de Arrecadação Estadual junto às instituições bancárias credenciadas pela Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais (Banco do Brasil, Banco Itaú, Banco Mercantil do Brasil, Bancoob e Bradesco).”

¹¹³ Decreto-Lei Estadual nº 138/1975: “Art. 2º. A LOTERJ é uma autarquia com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, com gestão administrativa e financeira descentralizada, vinculada à Secretaria de Estado de Fazenda, com a finalidade de planejar, coordenar, explorar e controlar o serviço de Loteria do Estado do Rio de Janeiro.”

Conforme disposto no artigo 3º da Lei Estadual nº 2.242/1994 os recursos auferidos pela LOTERJ, após feitas as deduções necessárias, devem ser destinados à programas e projetos de interesse social, especialmente aos relacionados à segurança pública, educação, seguridade social e saúde¹¹⁴.

Atualmente a LOTERJ promove a exploração de duas modalidades lotéricas¹¹⁵: (i) Convencional – loteria de múltiplas chances denominada Rio de Prêmios, efetivada mediante a comercialização de frações previamente numeradas, com sorteio efetivado em datas prefixadas; e (ii) Instantânea – efetivada mediante a comercialização de bilhetes lotéricos previamente numerados e premiados, adquiridos aleatoriamente pelos interessados.

A exploração dos mencionados produtos lotéricos ocorre de formas distintas, conforme será elucidado na sequência.

4.1.5.1. Atual modelo de exploração lotérica

A loteria instantânea configura um produto de grande sucesso da LOTERJ, tendo sido explorada de 1991 até o ano de 2016 por meio de Contrato de Prestação de Serviços regidos pela Lei nº 8.666/1993. Em que pese a realização de diversos certames licitatórios nesse interregno, a Hebara Distribuidora de Produtos Lotéricos Ltda. sempre se sagrou vencedora, sendo responsável pela distribuição e comercialização da loteria instantânea nesse período.

Neste modelo, a LOTERJ se responsabilizava pela emissão e concepção dos bilhetes lotéricos, enquanto competia ao contratado a estocagem e comercialização dos bilhetes lotéricos adquiridos perante a LOTERJ.

Ocorre que, após o termo do contrato de prestação de serviços ocorrido no ano de 2016, a LOTERJ promoveu dois novos certames licitatórios para contratação de empresa operadora da loteria instantânea. Entretanto, a Hebara não formalizou proposta e sequer houveram outros interessados, de forma que ambos os procedimentos restaram desertos.

¹¹⁴ Lei Estadual nº 2.242/1994: “Art. 3º. Deduzidos da arrecadação os tributos, as despesas de custeio, de premiação e investimento, o saldo destinar-se-á a aplicações em programas e projetos de interesse social, sobretudo os relacionados à segurança pública, à educação e seguridade social, com ênfase para a saúde.”.

¹¹⁵ Disponível em <<http://www.loterj.rj.gov.br/pagina.php?id=3>>. Acesso realizado em 24/08/2021.

Diante do quadro posto e buscando manter a continuidade da distribuição da loteria instantânea a LOTERJ passou a explorar a comercialização dos bilhetes lotéricos mediante credenciamento de pessoas físicas e jurídicas na qualidade de revendedores dos mencionados bilhetes.

Até o momento, a loteria instantânea permanece sendo explorada diretamente pela LOTERJ, mediante o credenciamento de interessados, em que pese a recente publicação do Edital de Concorrência LOTERJ nº 001/2021, que se encontra adiado *sine die* e será objeto de análise adiante.

A loteria convencional, por outro lado, explorada mediante a comercialização do Produto “Rio de Prêmios”, é operacionalizada por meio do Contrato de Prestação de Serviços nº 001/2020 celebrado entre a LOTERJ e a empresa MCE Intermediações e Negócios Ltda., com prazo de vigência de 60 (sessenta meses).

Referido contrato decorreu do Edital de Concorrência LOTERJ nº 001/2018. A Concorrência apresentou critério de julgamento pelo menor preço global para a contratação de empresa para prestação de serviços para elaboração de produtos, estocagem, distribuição e comercialização de jogos da loteria convencional no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, pelo regime de execução indireta de empreitada por preço global.

Foi estimado o valor de R\$ 128.078.389,25 (cento e vinte e oito milhões, setenta e oito mil, trezentos e oitenta e nove reais e vinte e cinco centavos), tendo como base de cálculo a participação da futura contratada.

Foi permitida a participação de pessoas nacionais e/ou estrangeiras que atuassem em ramo de atividade compatível com o objeto licitado, sendo, inclusive, permitida a participação de licitantes em consórcio.

Para fins de **qualificação técnica**, foi exigida a obrigação de apresentação de atestado(s) de capacidade técnica que comprovem aptidão no tocante a: (i) **elaboração e planejamento de produtos (jogos) lotéricos**; e (ii) **distribuição e comercialização de produtos (jogos) lotéricos**, sem, contudo, apresentar delimitações numéricas sobre os critérios.

O Edital previu, ainda, a obrigação de prestação de garantia na ordem de 2% (dois por cento) do valor total do contrato em caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária, nos termos do artigo 56, § 1º da Lei nº 8.666/1993.

A garantia, que deve apresentar vigência até 4 (quatro) meses após o termo do contrato, se presta a cobertura de eventuais prejuízos advindos do não cumprimento do contrato, de multas punitivas aplicadas à contratada, de prejuízos diretos causados à LOTERJ decorrentes de culpa ou dolo do contratada, bem como de obrigações previdenciárias e trabalhistas não honradas pela contratada.

Conforme disposto na cláusula 16.7. do referido Edital, é de competência da LOTERJ viabilizar a compra dos bens duráveis constantes dos planos de premiação em vigência, além de reembolsar eventuais prêmios pagos pelo licitante vencedor.

Em relação ao pagamento dos prêmios, foi alocada aos pontos de venda cadastrados a responsabilidade por arcar com o pagamento de prêmios de até 4 (quatro) vezes o valor de face dos produtos.

Prêmios que superem esse valor, até o limite de R\$ 1.903,98 (um mil, novecentos e três reais e noventa e oito centavos), poderão ser pagos pelos pontos de venda cadastrados, a depender de sua possibilidade e conveniência, ou, por fim, pela própria LOTERJ.

Eventuais prêmios que superem o valor de R\$ 1.903,98 (um mil, novecentos e três reais e noventa e oito centavos) deverão ser pagos na LOTERJ ou em locais por ela determinados.

O objeto do referido contrato abrange, nos termos de sua cláusula primeira, “a prestação de serviços de elaboração de produtos (jogos), estocagem, distribuição e comercialização, propositura, orientação e execução de campanhas publicitárias dos jogos de LOTERIA CONVENCIONAL (Múltiplas Chances) no âmbito do Estado do Rio de Janeiro”.

O Contrato de Prestação de Serviços nº 001/2020 prevê como obrigações da LOTERJ, efetuar os pagamentos devidos à contratada, exercer a fiscalização do contrato, a impressão de boa qualidade dos bilhetes e cartelas lotéricas, viabilizar a compra de bens duráveis constantes dos planos de premiação, aquisição e pagamentos dos prêmios previstos nos planos de premiação aprovados e reembolsar os prêmios custeados pela contratada.

Não obstante, são obrigações da contratada a elaboração e planejamento dos produtos lotérico, devendo apresentar em até 12 (doze) meses contados do início do contrato, um novo produto lotérico com características diversas do “Rio de Prêmios”, além de armazenar e distribuir os produtos e

planejar, executar e dirigir a publicidade, propaganda e promoção de vendas mediante *merchandising* a ser aprovado pela contratante.

É incumbência da contratada, ainda, arcar com todos os custos relativos ao planejamento, execução, controle e acompanhamento de publicidade, que deverão compreender, no mínimo, 10% (dez por cento) da receita obtida com as vendas de bilhetes lotéricos durante o prazo contratual.

Embora trate-se de um contrato de prestação de serviços, a forma de remuneração das partes apresenta algumas peculiaridades, pois não prevê apenas uma remuneração a ser paga pela LOTERJ em benefício da contratada. Conforme disposto na cláusula nona do contrato¹¹⁶, compete à contratada efetuar o pagamento do valor referente aos bilhetes por ela retirados do local de armazenagem e posteriormente a LOTERJ efetua o pagamento à contratada do percentual a que fizer jus.

Compete consignar, outrossim, que a LOTERJ aceita, em devolução, para os produtos da modalidade de múltiplas chances, quaisquer quantidades de bilhetes retirados para venda e não vendidos, desde que a devolução ocorra, pelo menos, até 02 (duas) horas antes da realização do sorteio.

4.1.5.2. Concorrência LOTERJ nº 001/2021

No mês de maio do corrente ano foi publicado o Edital de Concorrência LOTERJ nº 001/2021, cujo objeto corresponde a contratação de pessoa jurídica para, com exclusividade em favor da LOTERJ, prestar os serviços de criação de produtos lotéricos, a distribuição e comercialização dos produtos de loteria de prognósticos, loteria instantânea, de jogos que envolvam aposta de quota fixa em modalidades esportivas em meio físico ou *online* e também a propositura, orientação e execução de campanhas publicitárias relativas aos jogos a serem comercializados.

O Edital, assim como seus anexos, apresenta muitas semelhanças com o Contrato de Prestação de Serviços nº 001/2020 analisado previamente, ainda que abranja modalidades lotéricas adicionais. Por esta razão, passaremos a expor os pontos de diferenciação entre os instrumentos.

¹¹⁶ Contrato de Prestação de Serviços nº 001/2020: “Cláusula nona - A CONTRATADA pagará à CONTRATANTE, no prazo de 18 (dezoito) dias úteis, o valor referente aos bilhetes que houver retirado do local destinado à estocagem, excluído o dia da retirada e, no prazo máximo de 02 (dois) dias úteis, após a apresentação da fatura, a CONTRATANTE pagará à CONTRATADA o valor relativo ao percentual a que contratualmente ela fizer jus.”

Claramente o Edital LOTERJ nº 001/2021 busca por um fim ao modelo da exploração direta de loterias instantâneas atualmente em operação no Estado do Rio de Janeiro, além de implementar a exploração de novas modalidades lotéricas, como a loteria de prognósticos e de quota fixa.

Essa é uma das principais inovações trazidas pelo Edital em questão, em dissonância com o histórico de contratações para exploração dos serviços lotéricos no Estado do Rio de Janeiro. Embora a LOTERJ explore há décadas algumas atividades lotéricas mediante contratos de prestação de serviços, os instrumentos sempre abarcaram apenas uma modalidade lotérica (loteria instantânea ou de múltiplas chances).

Ocorre, entretanto, que o Edital LOTERJ nº 001/2021 **prevê a exploração de diversas modalidades lotéricas por um único prestador de serviços**, sendo este um dos principais **objetos de crítica por parte de pessoas interessadas**, alegando-se que **o objeto do certame deveria ser cindido em blocos diversos**.

Ao analisar o pedido de suspensão da licitação em voga, a Conselheira Andrea Siqueira Martins assim se manifestou nos autos do processo nº 104062-7/2021 em trâmite perante o **Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro**:

*“Ultrapassando as questões postas pela Representante, é pertinente comentar que a descrição do objeto permite asseverar que se trata de contratação complexa pelo número de atividades envolvidas em sua execução. A esse respeito, Decisão Plenária de 03.08.2017 TCE-RJ PROCESSO Nº 104.062-7/21 RUBRICA FLS. GAASM124/112 noto a **ausência de justificativa quanto à opção de contratação globalizada de serviços**, ao menos em princípio, independentes, aparentemente em **desacordo com o art. 23, §1º, da Lei Federal nº 8.666/93**.*

*Ressalta-se que a **concentração de atividades em lote único pode induzir, ademais, indesejável concentração de mercado** – tendo em vista, no Estado, a LOTERJ ser a tomadora exclusiva de tais serviços – e o natural afastamento de empresas de uma eventual participação em certames dessa natureza.”*

Embora tenha sido cotejada a possibilidade de eventual prejuízo decorrente da concentração de exploração de diversas modalidades lotéricas em uma única contratação, impende ressaltar que fora concedida oportunidade à LOTERJ para justificativa quando ao modelo adotado. Assim, cabe à LOTERJ a oportunidade de justificar a escolha pela concentração de exploração de diversas modalidades lotéricas em uma única contratação.

Não obstante, muito embora a exploração de atividades lotéricas pela LOTERJ mediante a celebração de contratos de prestação de serviços seja prática já sedimentada, a **forma de contratação pelo prazo de 60 (sessenta meses) também fora questionado pelo mercado**, em razão dos elevados investimentos a serem realizados pela contratada.

Ademais, no tocante à forma de remuneração, foram trazidas duas inovações pelo referido Edital. Isso porque o critério de julgamento pelo menor preço global é calculado sobre o *Net Win*, que é o resultado entre a diferença do total faturado de um jogo ou de uma série de jogo e a soma da premiação acrescida dos tributos incidentes. Desta forma, o compartilhamento de receitas junto ao Poder Concedente levará em consideração apenas o valor líquido auferido (GGR).

Outrossim, o item 9.1.1. da mencionada Edital previa a obrigação de pagamento pela contratada do valor de R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais) a título de adiantamento do cumprimento da meta financeira estabelecida para o primeiro ano de contrato.

Por fim, ainda que não se trate de delegação mediante a celebração de contrato de concessão ou permissão, a minuta contratual que integra o Edital LOTERJ nº 001/2021 como Anexo XI impõe, em sua cláusula décima oitava, que ao final do contrato, as **marcas, websites utilizados nas promoções e aplicativos serão transferidos para o domínio da LOTERJ, para que não haja interrupção do serviço público de loterias.**

Em função das críticas formuladas pelo mercado, as empresas International Gaming Technology Brasil Serviços de Dados e Scientific Games Brasil Ltda. formularam representação perante o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Além dos pontos já suscitados, foi aventado, ainda, a **ausência de razoabilidade e compatibilidade dos requisitos de qualificação técnica (apresentação de certificação ISO e comprovação de que o licitante tenha 3.000 pontos de vendas no Estado do Rio de Janeiro) com o objeto licitado.**

Ao apreciar a representação, a Conselheira Andrea Martins deferiu a medida cautelar pleiteada, determinando a suspensão do certame licitatório, até o pronunciamento conclusivo daquela Corte nos autos do Processo nº 104.062-7/21, situação que ainda vigora.

4.1.6. Ceará

A exploração dos serviços lotéricos no âmbito do Estado do Ceará ocorre de forma diversa dos demais modelos analisados. A Loteria Estadual do Ceará – LOTECE, foi criada pela Lei Estadual nº 52/1947, sendo posteriormente ratificada pelo Decreto Federal nº 58.668/1966.

Referido Decreto ratificou a concessão do serviço de loterias do Estado do Ceará para a Empresa Comercial Escol Ltda., conforme escritura pública de 29/03/1960, registrada perante o Cartório Pontes Primeiro Ofício da Comarca de Fortaleza.

Vale dizer que a empresa Escol permanece explorando as atividades lotéricas no Estado do Ceará até a presente data, ou seja, exerce a prestação de serviço público mediante concessão há mais de 40 anos.

Por esta razão, não foram localizadas muitas informações a respeito da forma de prestação do serviço lotérico por meio da empresa Escol.

Atualmente são comercializados no Estado do Ceará dois produtos lotéricos, a saber: (i) a Loteria dos Sonhos – loteria de múltiplas chances composta de uma emissão de 20 (vinte) séries de 10.000 (dez mil) bilhetes em décimos, por extração; e (ii) a Totolec – concurso de prognóstico numérico, com sorteios de números em datas prefixadas.

4.2. Considerações sobre os benchmarkings analisados

Conforme disposto previamente, os benchmarkings acima foram selecionados em função de sua relevância para o presente projeto, haja vista corresponderem aos Estados que já contam com loterias estaduais em operação.

As principais características dos referidos benchmarkings podem ser sintetizadas no quadro abaixo:

Tabela 08. Condições gerais de exploração dos serviços lotéricos

	União Federal	Paraíba	Minas Gerais	Rio de Janeiro	Ceará
--	---------------	---------	--------------	----------------	-------

Formas de exploração	Formas de exploração previstas na legislação	Exploração direta, por meio da CEF para todas as modalidades, sendo prevista a exploração indireta exclusivamente para a LOTEX	Exploração direta, sendo prevista a possibilidade de exploração indireta nos regimes de concessão e credenciamento	Possibilidade de exploração direta, ou indiretamente e mediante concessão e permissão	Possibilidade de exploração direta e/ou indireta	Não localizado
	Formas de exploração praticadas	Lotex - concessão; Demais modalidades - permissão para distribuição e comercialização (agências lotéricas) e exploração direta para as demais atividades	Exploração direta pela LOTEP mediante a celebração de contratos atípicos para revenda de bilhetes	Exploração direta da modalidade lotérica instantânea mediante credenciamento de agentes lotéricos e concessão da modalidade de prognósticos numéricos	Loteria instantânea - exploração direta mediante credenciamento; Loteria Convencional - exploração indireta mediante contratação de prestador de serviço	Concessão
	Licitação	Há licitação para seleção de permissionários lotéricos pela CEF, bem como para seleção de concessionário para exploração da LOTEX	No modelo atualmente em operação, não há certame licitatório	Houve licitação apenas para a exploração da modalidade de prognósticos numéricos	Realização de licitação para contratação de prestadores de serviços	Não localizado
Modalidades Lotéricas	Modalidades lotéricas previstas na legislação	loteria federal (espécie passiva), prognósticos numéricos, prognóstico específico, prognósticos esportivos e Lotex.	loteria tradicional, loteria instantânea, sistema lotérico em linha ou em tempo real, loteria especial, loteria mista, loteria de prognósticos numéricos e apostas de quota fixa	Embora a legislação em vigor apenas especifique a modalidade de prognósticos numéricos, também faz remissão às modalidades lotéricas previstas na legislação federal	loteria convencional, loteria de prognósticos, loteria instantânea e aposta de quota fixa	Não localizado

	Modalidade s lotéricas exploradas	loteria federal (espécie passiva), prognósticos numéricos, prognóstico específico e prognósticos esportivos	Loteria instantânea	Loteria instantânea e de prognósticos numéricos	loteria convencional e loteria instantânea	loteria de múltiplas chances e loteria de prognóstic os numéricos
	Compatibili dade com a legislação federal	Plena compatibilidade das modalidades exploradas	Das modalidades previstas na legislação da PB, embora recebam nomenclaturas diversas, apenas a loteria mista não demonstra compatibilidade com a legislação federal, uma vez que consiste na aplicação de duas ou mais modalidades lotéricas	Plena compatibilida de das modalidades exploradas	Plena compatibilidad e das modalidades exploradas	Comprom etido
Remuneraç ão	Remuneraç ão do Contratado e sua base de cálculo	Exploração direta - advém de comissão estipulada pela CEF, incidente sobre o GGR. Lotex - Percentual sobre a receita bruta	Comissionament o do agente. Percentual sobre a receita bruta	Loteria instantânea - Percentual sobre a receita bruta. Prog. Numérico - Percentual do GGR	Percentual sobre o GGR	Não localizado
	Compartilha mento de Receitas e sua base de cálculo	Exploração direta - percentual incidente sobre o GGR. Lotex - Percentual sobre a receita bruta e sobre receitas extraordinárias	Percentual sobre a receita bruta	Loteria instantânea - Percentual sobre a receita bruta. Prog. Numérico - Percentual do GGR	Percentual sobre o GGR	Não localizado

Prêmios	Pagamento de prêmios	Exploração direta - pagamento pela CEF. Lotex - pagamento efetuado pelo concessionário	Pagamento pelo agente credenciado ou pela LOTEPA até o limite do valor com incidência de IR, quando passa a ser arcado exclusivamente pela LOTEPA	Loteria instantânea - pagamento pelo credenciado até o limite do valor com incidência de IR, quando passa a ser arcado pela LEMG. Prog. Numérico - pagamento pelo coconcessionário.	Pagamento realizado pela LOTERJ	Não localizado
	Recolhimento de IR sobre os prêmios	Exploração direta - recolhimento pela efetuação CEF. Lotex - recolhimento efetuado pelo concessionário	Recolhimento realizado pela LOTEPA	Loteria instantânea - recolhimento pela LEMG. Prog. Numérico - recolhimento pelo coconcessionário.	Recolhimento realizado pela LOTERJ	Não localizado

Analisados os benchmarkings de maior relevância, conforme exposto previamente, buscaremos apresentar pontos de atenção que decorrem da análise realizada até o momento, a fim de possibilitar o aprimoramento do projeto em desenvolvimento.

4.2.1. Regulamentação dos serviços lotéricos

Grande diferença entre os modelos analisados acima e o projeto para implementação de serviços lotéricos no Estado de São Paulo decorre da existência de um ente vinculado à Administração Pública, geralmente na forma de autarquia no caso dos Estados, ou a própria CEF no caso da União, com responsabilidade para executar, gerir, contratar e delegar a prestação das atividades lotéricas.

Assim, embora seja de competência do Poder Executivo legislar sobre a forma de implementação e sobre a forma de execução dos serviços lotéricos, sabidamente contam com estrutura de suporte para sua gestão, mesmo mediante a expedição de atos normativos.

Atualmente, até por não exercer a exploração dos serviços lotéricos, o Estado de São Paulo não conta com entidade específica destinada à gestão e regulamentação dos serviços lotéricos, sendo cotejadas duas hipóteses para a implantação da exploração dos serviços lotéricos no Estado: (i) ou o Estado providencia a criação de entidade vinculada à Administração Pública com atribuições para tanto; ou (ii) se utiliza da estrutura já existente para exercício das funções necessárias ao exercício dos serviços lotéricos.

Embora ambas as hipóteses sejam possíveis, é necessário analisarmos qual seria mais viável visando a eficiência e economicidade na implementação e execução do serviço público de Loterias. Embora o presente relatório conte com tópico específico destinado à análise da estrutura de regulação sugerida, abordaremos, em linhas gerais, ambas as opções.

Caso o Estado opte pela criação de novo ente, poderia valer-se do disposto no artigo 15 da Lei Estadual nº 17.386/2021,¹¹⁷ que autoriza o poder executivo a instituir a “Loteria do Estado de São Paulo”. A partir da leitura do mencionado artigo é possível compreendermos não só a autorização para exploração dos serviços lotéricos, como também a autorização para instituição de entidade denominada “Loteria do Estado de São Paulo”, interpretação inclusive adotada quando da criação das entidades autárquicas até aqui analisadas.

Pode o Poder Executivo, ainda, valer-se de eventual legislação que venha a ser criada para regramento dos serviços lotéricos para tratar de eventual criação de entidade competente para a devida gestão dos serviços lotéricos, inclusive estipulando os cargos e atribuições daqueles que venham a ser nomeados para execução dos serviços.

Embora essa estrutura possibilite uma acurada gestão dos serviços lotéricos mediante a estruturação de um órgão especializado, sabidamente demandaria a contratação de novos funcionários e/ou a realocação de servidores estaduais para seu devido funcionamento, além da destinação de espaço físico que os acomode. Por esta razão, sua estruturação demanda tempo para estruturação e novos dispêndios, seja para contratação de profissionais, seja para sua alocação em estrutura física a ser designada.

¹¹⁷ Lei Estadual nº 17.386/2021: “Art. 15. Fica o Poder Executivo autorizado a instituir e explorar, na forma do artigo 175 da Constituição da República, a Loteria Estadual de São Paulo, devendo utilizar o resultado líquido obtido no custeio de ações voltadas à assistência social e à redução da vulnerabilidade social no Estado.”.

Outrossim, a opção de valer-se de uma estrutura já existente nos parece mais eficiente, haja vista a desnecessidade de novos investimentos, ou mesmo de nova estrutura física.

Nesse sentido, é importante destacar que o Estado de São Paulo conta com a Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de São Paulo – ARSESP, agência responsável, em sua origem, pela regulação dos serviços públicos de gás canalizado, energia elétrica e saneamento básico.

Em uma análise histórica é possível compreender que a ARSESP, transformada da Comissão de Serviços Públicos de Energia – CSPE¹¹⁸, deixou de regulamentar apenas o serviço público de energia, passando a exercer um papel regulamentador dos serviços públicos que não se encontram sob a alçada da Agência de Transporte do Estado de São Paulo – ARTESP (rodovias, transporte coletivo e aeroportos).

Sendo assim, conforme disposto no art. 6º da Lei Complementar Estadual nº 1.025/2020, compete à ARSESP regular, controlar e fiscalizar, no âmbito estadual, os serviços públicos de sua competência¹¹⁹.

Em que pese sua atuação se restringisse, inicialmente, aos setores de gás canalizado, energia elétrica e saneamento básico, nada impede que seja atribuída à ARSESP a competência para regular, controlar e fiscalizar o serviço público de loterias.

Tal conclusão restou clara com o advento da recente Lei Estadual nº 17.293/2020, que fixou a atual nomenclatura da ARSESP, lhe atribuindo as funções de regulação e fiscalização dos serviços públicos

¹¹⁸ Lei Complementar Estadual nº 1.025/2020: “Art. 1º. A Comissão de Serviços Públicos de Energia - CSPE, criada pela Lei Complementar nº 833, de 17 de outubro de 1997, fica transformada em Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo - ARSESP, como autarquia de regime especial, com personalidade de direito público, vinculada à Secretaria de Estado de Saneamento e Energia, com sede e foro na cidade de São Paulo, passando a reger-se por esta lei complementar.”

¹¹⁹ Lei Complementar Estadual nº 1.025/2020: “Art. 6º. Cabe à ARSESP, nos termos e limites desta lei complementar, regular, controlar e fiscalizar, no âmbito do Estado, os serviços de gás canalizado e de saneamento básico de titularidade estadual, preservadas as competências e prerrogativas municipais. § 1º - A ARSESP poderá, preservadas as competências e prerrogativas municipais: 1. exercer total ou parcialmente, observada a viabilidade técnica, as funções de regulação, controle e fiscalização que lhe forem delegadas pelos demais entes da Federação, especialmente quanto aos serviços públicos de saneamento básico de titularidade municipal e a quaisquer serviços e atividades federais de energia; 2. celebrar convênios, acordos ou instrumentos equivalentes, bem como outros contratos e ajustes com órgãos ou entidades dos Municípios ou da União, referentes à regulação, controle e fiscalização de serviços; e 3. estabelecer cooperação com órgãos ou entidades dos Estados ou do Distrito Federal para o adequado exercício de suas competências.”

que não se enquadrem no campo de atuação da Agência de Transporte do Estado de São Paulo – ARTESP¹²⁰.

Desta forma, o Estado pode se valer de uma estrutura de Agência Reguladora já constituída para exercer os poderes de regulação dos serviços lotéricos, utilizando-se do pessoal que já integra a ARSESP, principalmente por se tratar de Agência Reguladora de Serviços Públicos de forma geral, conforme sugere a própria nomenclatura da ARSESP.

Isso não impede, ademais, que a Agência possa se valer da contratação de empresas privadas de apoio à fiscalização, as quais integrarão a camada de gestão indicada nos demais Produtos.

Sugere-se, assim, em atenção ao princípio da eficiência, que seja atribuída à ARSESP, mediante lei, as competências necessárias para a devida regulação do serviço público de loterias.

4.2.2. Modalidades lotéricas passíveis de exploração

Da análise normativa histórica, é possível constatar que as disposições sobre a exploração das modalidades lotéricas disciplinadas pela União, em âmbito federal e em âmbito estadual, podem ser implementadas tanto por meio de lei, quanto por meio de decreto.

Em que pese a possibilidade dessa disciplina via decreto, é inegável que referido instrumento não possui tanta segurança jurídica quanto se referida regulamentação fosse prevista em lei, haja vista ser passível de revogação, a qualquer momento, pelo Chefe do Poder Executivo.

¹²⁰ Lei Estadual nº 17.293/2020: “Art. 35. Fica o Poder Executivo autorizado a delegar: I - à Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo - ARTESP, criada pela Lei Complementar nº 914, de 14 de janeiro de 2002, as funções de regulação e fiscalização de todas as modalidades de serviços públicos de transporte autorizados, permitidos ou concedidos a entidades de direito privado, inclusive aqueles submetidos à esfera institucional da Secretaria de Estado dos Transportes Metropolitanos; II - à Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo - ARSESP, criada pela Lei Complementar nº 1.025, de 07 de dezembro de 2007, cuja denominação passa a ser Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de São Paulo - ARSESP, as funções de regulação e fiscalização de outros serviços delegados pelo Poder Executivo.”

¹²⁰ Lei Complementar Estadual nº 1.025/2020: “Art. 6º. Cabe à ARSESP, nos termos e limites desta lei complementar, regular, controlar e fiscalizar, no âmbito do Estado, os serviços de gás canalizado e de saneamento básico de titularidade estadual, preservadas as competências e prerrogativas municipais.

Desta forma, buscando atribuir maior segurança jurídica à exploração dos serviços lotéricos no âmbito do Estado de São Paulo, sugere-se a edição de Lei a versar sobre a exploração dos serviços lotéricos e das modalidades lotéricas passíveis de exploração.

Vale ressaltar que o art. 15, da Lei nº 17.386/2021, apenas autoriza a instituição da Loteria Estadual de São Paulo e estabelece a destinação de seu resultado líquido para a assistência social e redução da vulnerabilidade social no Estado sem, contudo, especificar as modalidades lotéricas passíveis de exploração, as atribuições de regulação e fiscalização dos serviços ou mesmo o percentual de destinação dos recursos arrecadados.

Nesse sentido, haverá a necessidade de estipulação de norma para devido regramento da exploração dos serviços lotéricos, que seguirá como minuta anexa ao presente estudo.

Acerca das modalidades lotéricas passíveis de exploração pelo Estado de São Paulo, é importante ressaltar que o julgamento proferido nos autos das ADPF nº 492 e 493 sedimentou o entendimento de que compete aos Estados instituir suas próprias loterias, enquanto é de competência exclusiva da União legislar sobre as modalidades lotéricas passíveis de exploração.

Nesse sentido, conforme verificado na análise de benchmarkings, o Estado pode optar pela exploração das modalidades lotéricas previstas na legislação federal de forma ampla, optar pela exploração de algumas modalidades lotéricas previstas na legislação federal ou, ainda, definir suas próprias modalidades, desde que estejam em consonância com as descrições de funcionamento das modalidades lotéricas previstas no art. 14 e art. 29 da Lei Federal nº 13.756/2018.

Desta forma, conforme previsto no mencionado 14 da Lei Federal nº 13.756/2018, o Estado de São Paulo pode explorar, sob a mesma denominação ou com nomenclatura diversa, uma ou mais das seguintes modalidades lotéricas:

- loteria federal (espécie passiva): loteria em que o apostador adquire bilhete já numerado, em meio físico (impresso) ou virtual (eletrônico);
- loteria de prognósticos numéricos: loteria em que o apostador tenta prever quais serão os números sorteados no concurso;
- loteria de prognóstico específico: loteria instituída pela Lei nº 11.345, de 14 de setembro de 2006;

- loteria de prognósticos esportivos: loteria em que o apostador tenta prever o resultado de eventos esportivos;
- loteria instantânea exclusiva (Lotex): loteria que apresenta, de imediato, se o apostador foi ou não agraciado com alguma premiação; e
- Apostas esportivas de quota-fixa: sistema de apostas relativas a eventos reais de temática esportiva, em que é definido, no momento da efetivação da aposta, quanto o apostador pode ganhar em caso de acerto do prognóstico, cujo prêmio é bancado.

Por esta razão, para a devida exploração dos serviços lotéricos pelo Estado de São Paulo, há a necessidade de estipulação em lei ou decreto – sendo sugerida a adoção da primeira para maior segurança jurídica –, a fim de prever as modalidades lotéricas a serem exploradas.

4.2.3. Regime de exploração dos serviços

Antes de expormos acerca dos regimes de exploração adotados nos benchmarkings analisados, é importante ressaltar que muitos deles foram implementados **antes do julgamento das ADPF nº 492 e 493**.

Feita essa observação, é importante destacar, ainda, que mesmo os Estados que já possuem loterias estaduais em funcionamento, promoveram a edição de novas normas, como é o caso de Minas Gerais, ou mesmo já expressaram publicamente que estão desenvolvendo estudos a fim de reformular o sistema lotérico atualmente vigente, como é o caso da Paraíba.

Não obstante, a análise dos benchmarkings apresentou formas diversas de exploração dos serviços lotéricos, havendo a exploração direta e/ou indireta pelos entes federativos.

A União, conforme analisado, foi um dos casos em que se constatou a exploração direta dos serviços lotéricos, exploração que ocorre por intermédio da CEF que possui autorização do Governo para essa atuação, conforme disposto em Lei.

Entretanto, em que pese a exploração direta das modalidades passiva e de prognósticos diretamente por meio da CEF, conforme analisado em minúcias, a União se valeu de certame licitatório para a concessão da exploração da modalidade lotérica LOTEX, muito embora não tenha sido implementada.

No caso das Loterias Estaduais, como ocorre na Paraíba e no Rio de Janeiro, existe a exploração direta dos serviços lotéricos, mediante a contratação de prestadores de serviço para distribuição e comercialização dos produtos lotéricos.

Assim, em que pese a ocorrência de uma exploração centralizada dos serviços lotéricos pelos órgãos destinados à execução, gestão e fiscalização, parte do escopo que abrange os serviços lotéricos acaba sendo transferida a empresas privadas.

Essa modelo, contudo, não parece ser o que melhor se adequa ao Estado de São Paulo, haja vista a inexistência, ao menos até o momento, de deliberação do Poder Executivo acerca da criação de órgão específico com funções aptas a explorar os serviços lotéricos.

Desta forma, levando em consideração o cenário atual – de inexistência de órgão lotérico específico para exploração dos serviços lotéricos –, o modelo que mais se adequa ao Estado de São Paulo seria o de exploração indireta dos serviços lotéricos, mediante delegação, pelo Poder Concedente, das atividades inerentes à exploração lotérica.

Nesse sentido, da análise dos benchmarkings considerados até o momento, vislumbra-se a possibilidade de delegação dos serviços lotéricos mediante autorização, ou mediante concessão de serviço público. As razões para não se admitir instrumento precário, como é o caso das permissões, será abordado em capítulo específico deste relatório. Cumpre frisar que, até o momento, não houve a delegação de serviços lotéricos no regime de parceria público-privada (Lei Federal nº 11.079/2004).

Desta feita, em ambos os cenários cotejados no presente relatório, seja para exploração dos serviços lotéricos em caráter de exclusividade ou não, sugere-se a exploração indireta do serviço público lotérico, mediante concessão ou autorização, a depender da modalidade lotérica em questão e dos fatos inerentes à sua exploração, conforme será destinado em tópico específico sobre a modelagem jurídica sugerida.

4.2.4. Forma de remuneração do contratado e compartilhamento de receitas

Independentemente da forma de exploração dos serviços lotéricos, é prática comum dos benchmarkings analisados que tanto a remuneração da empresa contratada pelo Poder Concedente,

quanto o compartilhamento de receita para fins sociais decorram do produto da comercialização dos produtos lotéricos explorados.

Dito isso, são duas as possibilidades verificadas, sendo possível que tanto a remuneração quanto o compartilhamento de receitas se deem com base na receita bruta dos produtos lotéricos ou da receita líquida da comercialização (receita bruta após dedução dos prêmios e tributos).

É notório que os serviços lotéricos, além de gerar receita ao seu operador, tem a destinação de geração de receitas para fins de assistência social, objetivo também previsto no art. 15 da Lei Estadual nº 17.386 ao autorizar a instituição da Loteria Estadual de São Paulo.

Assim, é prática geral que, de todo o produto da comercialização lotérica, exista o desconto de parcelas destinadas à assistência social. Para além disso, há a necessidade de custeio dos investimentos e despesas operacionais de exploração dos serviços lotéricos, incluindo-se a necessidade de elaboração de estratégias de marketing para divulgação dos produtos comercializados, bem como dos equipamentos utilizados na operação dos serviços.

Levando-se em consideração todos os descontos a serem efetuados, a fim de preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, possibilitando a adequada remuneração do prestador, bem como do compartilhamento de receitas, é indicado que respectivos valores sejam extraídos da receita líquida da comercialização dos produtos lotéricos, ou do GGR, garantindo, assim, a adequada prestação do serviço.

É importante destacar, ainda, que os modelos analisados não apresentam grandes avanços em relação a exploração de receitas acessórias, em função de todas as peculiaridades que permeiam sua operação.

Entretanto, por seu potencial econômico, é certo que as receitas acessórias poderiam ser exploradas de forma adequada no Estado de São Paulo, o que certamente figuraria como relevante fonte de remuneração e compartilhamento de receitas.

Em função do ineditismo do projeto ante o novo cenário decorrente do julgamento das ADPF nº 492 e 493, assim como a ADI 4986, é possível afirmar a possibilidade de exploração de receitas acessórias decorrentes da utilização da face dos bilhetes lotéricos, em ambiente físico e/ou virtual, para divulgação de propagandas, marcas e produtos, o que também pode ser realizado mediante a emissão

de produtos lotéricos em conjunto com empresas diversas, desde que haja a devida aprovação do respectivo Plano Lotérico.

Diante disso, conclui-se como melhor cenário, seja qual for o modelo adotado para prestação indireta dos serviços lotéricos, modelo que melhor se adequa ao cenário atual do Estado de São Paulo, que a remuneração do operador, assim como o compartilhamento de receitas com o Poder Concedente advenham da **receita líquida decorrente da exploração dos serviços lotéricos**, bem como da **possibilidade de exploração de receitas acessórias**.

4.2.5. Reversibilidade dos bens

A exigibilidade ou não da reversibilidade dos bens vinculados à exploração de serviços públicos é o centro de relevantes discussões que serão elucidadas no presente Produto.

Esse tópico, contudo, se destina a analisar, a bem das melhores práticas, acerca da previsão, ou não, da presença ou não de bens reversíveis nos benchmarkings analisados.

Ocorre, entretanto, que em nenhum dos modelos analisados foi identificado regramento determinando a reversibilidade dos bens utilizados para a devida operação dos serviços lotéricos.

Nem mesmo na concessão dos serviços lotéricos para a exploração da modalidade LOTEX em âmbito federal, ou na concessão da modalidade lotérica de prognósticos no Estado de Minas Gerais foi determinada a reversibilidade dos bens, ainda que se trate de prática usual para manutenção dos serviços públicos.

Apenas no Estado do Rio de Janeiro foi identificada previsão de bens reversíveis quando da análise da Concorrência LOTERJ nº 01/2021 que, contudo, encontra-se adiada *sine die*.

Contudo, a previsão de reversibilidade dos bens no caso em tela, ao contrário do que se possa imaginar, **não se aplica aos equipamentos, sistemas e maquinários necessários para a exploração dos serviços lotéricos, mas sim às marcas, websites e aplicativos utilizados nas promoções**.

Embora o modelo adotado pelo Estado do Rio de Janeiro possa indicar ponto de atenção para o modelo a ser implementado no Estado de São Paulo, fato é que não há, em análise ao atual contexto de

exploração de loterias, uma definição sobre a reversibilidade de bens vinculados à prestação de serviços.

Assim, considerando que a implementação dos serviços lotéricos sabidamente demanda a implantação de sistemas, redes de comunicação e equipamentos, compete ao Poder Concedente, no momento da competente modelagem da exploração do serviço público de loterias, determinar sobre a premência ou não dos bens vinculados a execução do serviço público para sua manutenção.



5. DIRETRIZES REGULATÓRIAS

O Edital de Chamamento Público nº 004/2021, que tem como objeto a contratação de estudos técnicos para “implantação e operação dos serviços lotéricos no Estado de São Paulo” exige, em sua cláusula 4.2., alínea ‘d’, item ‘iii’ a “indicação de possíveis opções regulatórias” que viabilizem os modelos de exploração dos serviços lotéricos suscitados no presente Relatório.

É sempre necessário ter em mente que o Governo do Estado de São Paulo pode optar pela execução direta ou indireta dos serviços lotéricos. Contudo, como o próprio Edital de Chamamento Público restringe a exploração dos serviços lotéricos por meio de delegação à iniciativa privada, a presente análise se restringirá à forma de regulação que atenda as exigências editalícias e melhor se adeque à estrutura governamental.

Nesse sentido, não havendo estrutura estabelecida para a exploração de serviços lotéricos pelo Estado de São Paulo, é importante analisarmos o campo institucional/regulatório existente, bem como as medidas necessárias para a adequação aos serviços públicos que serão objeto de delegação e sua devida regulação.

Para tanto, identificamos preocupações e disciplinas recorrentes na legislação de outros Estados da federação sobre os seus respectivos serviços lotéricos,¹²¹ sejam aqueles em que já há Loterias instituídas, aqueles em que há tão somente Projeto de Lei em tramitação legislativa ou aqueles em que a criação da respectiva Loteria Estadual já foi autorizada, mas ainda não houve a sua implementação.

Sendo esses os pontos mais sensíveis identificados no estudo de *benchmarking* em relação à regulação dos serviços, decidimos por abordar estes tópicos no presente Produto, que serão tratados a seguir.

5.1. Definição do Agente Regulador e do órgão responsável na representação do Poder Concedente

Do estudo de *benchmarking* promovido no capítulo anterior, é certo afirmar que todos os entes federativos que permanecem explorando atividades lotéricas possuem órgãos com atribuições específicas para operar, gerir e fiscalizar os serviços lotéricos prestados.

¹²¹ Cf. **Anexo II** – Planilha de legislação e Projetos de Lei de outros Estados.

A União, por meio do Decreto-Lei Federal nº 204/1967¹²² cumulado com o Decreto-Lei Federal nº 759/1969¹²³, atribuiu exclusivamente à Caixa Econômica Federal o **direito do explorar os serviços lotéricos** em âmbito federal, tendo por agente regulador a Secretaria de Avaliação, Planejamento, Energia e Loteria (“SECAP”), do Ministério da Economia.¹²⁴ Há de ser feita ressalva sobre a tentativa de concessão da LOTEX, que não seria explorada diretamente pela CEF, mas sim mediante a contratação de parceiro privado precedida de certame licitatório.

No mesmo sentido, é importante mencionarmos também a previsão de exploração em ambiente concorrencial das apostas esportivas, denominadas de apostas de quota fixa, instituídas pela Lei nº 13.756/2018.¹²⁵ Essa modalidade, diferentemente das demais, não é explorada diretamente pela CEF.

Embora a Caixa Econômica Federal figure como uma relevante instituição financeira controlada pela União, sua atribuição não se restringe única e exclusivamente às loterias, embora tenha competência para sua exploração, gestão e fiscalização.

Ademais, ao analisarmos os Estados que permaneceram explorando os serviços lotéricos após a edição da Súmula Vinculante nº 02 pelo STF, é comum a todos os Estados (Paraíba, Minas Gerais, Rio de Janeiro e Ceará) a existência de uma entidade autárquica denominada como Loteria Estadual,¹²⁶ a quem compete explorar e/ou delegar a exploração dos serviços lotéricos, entidade que também conta

¹²² Decreto-Lei Federal nº 204/1967: “Art 2º A Loteria Federal, de circulação, em todo o território nacional, constitui um serviço da União, executado pelo Conselho Superior das Caixas Econômicas Federais, através da Administração do Serviço de Loteria Federal, com a colaboração das Caixas Econômicas Federais.

Parágrafo único. As Caixas Econômicas Federais, na execução dos serviços relacionados com a Loteria Federal, obedecerão às normas e às determinações emanadas daquela Administração.”

¹²³ Decreto-Lei Federal nº 759/1969: “Art 2º A CEF terá por finalidade: (...) d) explorar, com exclusividade, os serviços da Loteria Federal do Brasil e da Loteria Esportiva Federal nos termos da legislação pertinente;”

¹²⁴ Cf. Decreto Federal nº 9.745/2019: “Art. 43. A Secretaria de Avaliação, Planejamento, Energia e Loteria compete: (...) X - supervisionar, no âmbito do Governo federal, a política e a regulação de loterias; e”. Apesar dessa atribuição, após o julgamento das ADPFs referenciadas neste estudo, resta patente que a SECAP não ostenta competência para regulação das loterias estaduais.

¹²⁵ Cf. §2º do art. 29 da Lei nº 13.756/2018: “§2º A loteria de apostas de quota fixa será autorizada ou concedida pelo Ministério da Fazenda e será explorada, exclusivamente, em ambiente concorrencial, com possibilidade de ser comercializada em quaisquer canais de distribuição comercial, físicos e em meios virtuais”.

¹²⁶ No Estado do Maranhão, cujo Edital de Credenciamento atualmente está em fase de Consulta Pública, as Loterias serão exploradas pela Maranhão Parcerias – MAPA, sociedade de economia mista vinculada à Secretaria de Estado de Governo (SEGOV). No Estado do Mato Grosso do Sul, por sua vez, optou-se pela exploração dos serviços lotéricos pela Administração Direta, por meio de sua Secretaria Estadual de Fazenda (SEFAZ).

com atribuições para fiscalização e regulação do serviço público em voga, figurando sempre como órgão representativo do Estado para finalidades atreladas aos serviços lotéricos.

Muito embora o Estado de São Paulo já tenha promovido a exploração de serviços lotéricos no passado, inclusive tendo criado uma entidade autárquica para tanto, o que já fora objeto de análise no tópico 3.1.2. fato é que **nenhuma estrutura lotérica fora preservada em função da insegurança jurídica** que pairava a respeito da possibilidade de exploração das atividades lotéricas pelos Estados federados, insegurança superada após o julgamento das ADPF nº 492 e 493.

Por esta razão, o modelo de regulação a ser implementado deve ser aquele mais eficiente e menos dispendioso ao Estado, modelo que será tratado em minúcias adiante.

Tratando, inicialmente, do órgão que representará o Estado na condição de Poder Concedente para fins de delegação do serviço público lotérico, o Estado de São Paulo poderia seguir a mesma linha dos *benchmarkings* até aqui analisados e promover a criação de uma nova entidade autárquica vinculada à Administração Direta, ou mesmo o renascimento da “Loteria do Estado de São Paulo”.

E a referida entidade, assim como ocorre nos demais Estados, ostentaria a natureza de autarquia, como prevê o Decreto-Lei nº 200/1967,¹²⁷ estrutura que se reveste de autonomia administrativa e financeira para exercício de suas funções.

Ocorre, entretanto, que a criação de autarquia para exploração das atividades lotéricas demandaria a criação de Lei específica¹²⁸. Mesmo que se optasse pela utilização de entidade diversa, haveria a necessidade de aprovação da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo (“ALESP”)¹²⁹.

¹²⁷ Cf. Decreto-Lei nº 200/1967: “Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se: I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.”.

¹²⁸ Constituição Federal: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;”

¹²⁹ Constituição Estadual: “Art. 115. Para a organização da administração pública direta e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas (...) XXI - a criação, transformação, fusão, cisão, incorporação, privatização ou extinção das sociedades de economia mista, autarquias, fundações e empresas públicas depende de prévia aprovação da Assembleia Legislativa;”

Há a necessidade, assim, de promover esforços para alteração e/ou criação de Lei específica acerca das atribuições desta nova entidade da Administração Pública indireta, o que, além da incerteza decorrente da necessidade de submissão à Assembleia Legislativa, demanda maior tempo, já que a deliberação sobre a matéria em questão seguirá a pauta da casa legislativa estadual.

Evidente também que a constituição da nova entidade, apenas para fins de representação do Poder Concedente, perpassaria toda discussão de criação de novos cargos públicos e, conseqüentemente, a ampliação de despesas do Estado, debate esse que também não foge da pauta da ALESP.

Em que pese a exigência de deliberação pela Assembleia Legislativa para criação e/ou alteração das entidades da Administração Pública indireta, a leitura da Lei Estadual nº 17.386/2021 – que autorizou a instituição e exploração da loteria estadual – pode ser interpretada de forma um pouco mais abrangente. Vejamos:

Artigo 15 - Fica o Poder Executivo autorizado a instituir e explorar, na forma do artigo 175 da Constituição da República, a Loteria Estadual de São Paulo, devendo utilizar o resultado líquido obtido no custeio de ações voltadas à assistência social e à redução da vulnerabilidade social no Estado.

Utilizando-se de uma interpretação extensiva e lógico-sistemática, é possível inferir que o artigo supra transcrito não só autoriza a exploração dos serviços lotéricos em âmbito estadual, como também a criação da “Loteria Estadual de São Paulo” entidade dotada de autonomia administrativa para delegação do serviço público de loterias, entendimento que se reforça em decorrência da utilização de vocábulos iniciados em maiúscula.

Embora restasse superada a necessidade de submissão à Assembleia Legislativa – caso se admitisse a interpretação sugerida – é notória a superficialidade do instituto, que não apresenta maiores atributos da entidade em questão.

Não obstante a necessidade de aprofundamento sobre as atribuições de eventual “Loteria Estadual”, há de se considerar que haveria a necessidade de contratação de pessoal qualificado para a gestão do serviço público lotérico, bem como a alocação desse pessoal em local a ser determinado.

Assim, e como já pontuado pouco mais acima, é possível afirmar, com algum grau de certeza, que a estruturação sugerida acima demandaria certo estresse do Estado, pois a contratação de novos servidores e sua adequada alocação demandaria investimentos e gastos a serem custeados pelo

próprio Estado, enquanto o remanejamento de funcionários demandaria, por sua vez, a remoção de servidores já alocados e adaptados a outros órgãos.

Caso o interesse do Estado seja pela adoção da estruturação mais prática, há de ser contemplada a possibilidade de se valer da estrutura governamental já implementada e que poderia assumir a responsabilidade de figurar como representante do Poder Concedente.

Compete ressaltar, contudo, que as estruturas até aqui consideradas não se mostram inexecutáveis, mas apenas buscaremos apresentar uma possibilidade mais funcional.

Certo é que o Edital de Chamamento Público nº 004/2021 foi aberto pela Secretaria da Fazenda e Planejamento (“SEFAZ”), bem como pela então Secretaria de Projetos, Orçamento e Gestão (“SEPOG”). Diante da demanda conjunta pelas Secretarias do Estado, paira atualmente certa incerteza sobre qual órgão terá competência para organizar os serviços lotéricos no Estado de São Paulo, na condição de representante do Poder Concedente.

Como mencionado, contudo, o presente Produto visa apresentar como possibilidade o aproveitamento das estruturas já existentes da Administração para a exploração da Loteria Estadual de São Paulo.

Nesse sentido, mais recente até do que a autorização para a exploração dos serviços lotéricos, é necessário fazermos menção ao Decreto Estadual nº 66.018/2021 que organizou a “**Secretaria de Projetos e Ações Estratégicas**” do Estado de São Paulo.

As atribuições da referida Secretaria foram definidas no art. 2º do mencionado Decreto:

*Artigo 2º - **Constituem o campo funcional da Secretaria de Projetos e Ações Estratégicas:***

(...)

V - em relação ao Programa Estadual de Desestatização - PED e ao Programa de Parcerias Público-Privadas - PPP:

a) a execução das atividades operacionais, quando for o caso, e de coordenação de concessões e de parcerias público-privadas;

b) o assessoramento ao Conselho Diretor do PED e ao Conselho Gestor do PPP;

c) a divulgação dos conceitos e metodologias relacionados às concessões e parcerias público-privadas;

VI - a articulação, coordenação e avaliação contínua das atividades pertinentes à execução da Lei Complementar nº 846, de 4 de junho de 1998, que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais;

VII - o gerenciamento e orientação do uso do portal de parcerias com organizações da sociedade civil, de que trata o Decreto nº 61.981, de 20 de maio de 2016, assim como do Portal Eletrônico das Organizações Sociais, instituído pelo Decreto nº 64.367, de 8 de agosto de 2019.

Compete à Secretaria de Projetos e Ações Estratégicas, assim, **a execução de atividades operacionais atreladas às concessões realizadas no âmbito** do Programa Estadual de Desestatização – PED e do Programa de Parcerias Público-Privadas – PPP, bem como sua devida coordenação.

O projeto de **concessão dos serviços de loterias no Estado de São Paulo**, por sua vez, fora **incluído no Programa Estadual de Desestatização (“PED”) em 29/06/2021**, conforme “Ata da 23ª Reunião Conjunta Ordinária, concernente à 259ª Reunião Ordinária do Conselho Diretor do Programa Estadual de Desestatização, instituído por força da Lei Estadual nº 9.361, de 05/07/1996, e à 106ª Reunião Ordinária do Conselho Gestor do Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas, instituído por força da Lei Estadual 11.688, de 19/05/2004”, publicada no Diário Oficial do Estado de São Paulo em 03/07/2021.

Desta forma, tendo em vista as atribuições materiais da referida Secretaria e tendo o presente Projeto sido inserido no PED, é possível que a Secretaria em questão assuma a figura de representação do Poder Concedente, exercendo as atividades operacionais e a coordenação dos serviços lotéricos, nos termos do art. 2º, inciso V, alínea ‘a’ Decreto Estadual nº 66.018/2021.

Em outras palavras, a Secretaria de Projetos e Ações Estratégicas, poderá figurar como representante do Poder Concedente no(s) contrato(s) de concessão a ser(em) celebrado(s), caso se opte pelos cenários descritos no presente Relatório, exercendo as funções relacionadas a tal encargo. Vale ressaltar que essa estruturação poderia ser implantada de maneira imediata, sem que fosse necessária a efetivação de quaisquer adequações que demandem investimentos em pessoal e em estrutura.

Nos parece, desta forma, ser este o modelo mais eficaz e adequado para a exploração dos serviços lotéricos.

Não obstante a estruturação suscitada acima, tendo a Secretaria de Projetos e Ações Estratégicas como representação do Poder Concedente, é necessário, ainda, estabelecer a adequada estrutura para regulação e fiscalização do serviço público a ser concedido.

Para isso, conforme já suscitado previamente, existe a necessidade de estruturação de uma Agência Reguladora. Diante disso, mais uma vez, dois cenários podem ser vislumbrados: (i) a criação de uma nova agência reguladora; ou (ii) o aproveitamento das agências já estabelecidas.

Em que pese a possibilidade de criação de uma nova agência reguladora, o que também envolveria a necessidade de aprovação pela Assembleia Legislativa, nos termos do art. 115 da Constituição do Estado de São Paulo, o presente relatório busca, assim como o raciocínio anterior, elencar a possibilidade que melhor se adequa a estrutura já existente no Estado de São Paulo, a fim de evitar a necessidade de novos investimentos e adequação de estrutura física.

O Estado de São Paulo consta, atualmente, com duas Agências Reguladoras já sedimentadas, sendo elas a Agência de Transporte do Estado de São Paulo – ARTESP e a Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de São Paulo – ARSESP.

A ARTESP, como indica sua própria nomenclatura, se destina a regulação dos serviços públicos relacionados ao transporte no Estado de São Paulo, exercendo a regulamentação e fiscalização de rodovias, transporte coletivo e aeroportos. A utilização da ARTESP, desta forma, não se mostra adequada para exercício da regulação do serviço público de loterias, em razão da disparidade existente entre os serviços lotéricos e aqueles atrelados à ARTESP.

A ARSESP, por outro lado, apresenta maior sinergia com a exploração dos serviços lotéricos.

A ARSESP foi criada, originariamente, pela Lei Complementar Estadual nº 833/1997, sob a denominação de Comissão de Serviços Públicos de Energia – CSPE, sendo responsável pela regulamentação do serviço público de energia.

Posteriormente, por meio da Lei Complementar Estadual nº 1.025/2020, a CSPE foi transformada em Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo – ARSESP¹³⁰, entidade a quem

¹³⁰ Lei Complementar Estadual nº 1.025/2020: “Art. 1º. A Comissão de Serviços Públicos de Energia - CSPE, de Saneamento e criada pela Lei Complementar nº 833, de 17 de outubro de 1997, fica transformada em Agência Reguladora Energia do Estado de São Paulo - ARSESP, como autarquia de regime especial, com personalidade de direito público, vinculada à Secretaria de Estado de Saneamento e Energia, com sede e foro na cidade de São Paulo, passando a reger-se por esta lei complementar.”

competia regular, controlar e fiscalizar, no âmbito estadual, os serviços de gás canalizado e de saneamento básico¹³¹.

Ainda no ano de 2020 foi publicada a **Lei Estadual nº 17.293/2020** que fixou a atual nomenclatura da ARSESP, qual seja Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de São Paulo, atribuindo à Agência as funções de regulação e fiscalização dos serviços públicos que não se enquadrem no campo de atuação da Agência de Transporte do Estado de São Paulo – ARTESP.

A ARSESP, assim, possui um caráter residual, sendo responsável pela regulação dos serviços públicos que não estejam associados à ARTESP.

Esse quadro permite a atribuição da regulação dos serviços lotéricos à ARSESP, que atualmente já se responsabiliza pela regulação e fiscalização de outros serviços delegados pelo Poder Executivo, que não àqueles vinculados à ARSESP.

Conclui-se, assim, que o Governo do Estado de São Paulo pode valer-se de sua estrutura já implementada para a exploração dos serviços lotéricos, atribuindo à Secretaria de Projetos e Ações Estratégicas o papel de representante do Poder Concedente e à ARSESP a função de regulação dos serviços lotéricos.

5.2. Mapeamento de certificações e procedimentos para sua obtenção

No presente trecho deste Relatório, serão listados os atributos das principais certificações aplicáveis aos operadores de produtos lotéricos, sobretudo tendo como referência a experiência de outras jurisdições nacionais e internacionais. As certificações, cabe notar desde logo, podem ser referentes aos equipamentos (*hardware* e *software*) e ao operador propriamente dito (no caso o concessionário ou o autorizado).

Com efeito e buscando aprimorar os meios de seleção de um ou mais operadores lotéricos para o estado de São Paulo, conforme os Cenários A e B apresentados, este capítulo se desenvolverá levando em consideração as principais certificações exigíveis, a saber: (i) certificações padrão *World Lottery Association* (WLA); (ii) certificações padrão *International Organization for Standardization* (ISO); e (iii)

¹³¹ Lei Complementar Estadual nº 1.025/2020: “Art. 6º. Cabe à ARSESP, nos termos e limites desta lei complementar, regular, controlar e fiscalizar, no âmbito do Estado, os serviços de gás canalizado e de saneamento básico de titularidade estadual, preservadas as competências e prerrogativas municipais.”

certificações padrão *Gaming Laboratories International* (GLI).

Por oportuno, cabe listar algumas jurisdições que adotam os padrões mencionados acima:

- a) Comissão de Controle de Jogos de Alderney;
- b) Comissão de Jogos de Gibraltar;
- c) Loteria e Autoridade de jogos de Malta;
- d) Comissão Reguladora de Serviços Financeiros de Antígua e Barbuda;
- e) Departamento de Políticas e Execução de Jogos da Colúmbia Britânica;
- f) Administração Autônoma de Monopólios Estatais da Itália;
- g) Departamento de Tesouro e Finanças da Tasmânia, Divisão de Receitas e Jogos;
- h) Comissão de Jogos do Reino Unido;
- i) Comissão de Jogos de Nevada;
- j) Padrões Loto-Quebec para sistemas de jogos na Internet;
- k) Autoridade de jogos de azar da Dinamarca; e
- l) Comissão Nacional de Jogos de Azar da Espanha.

Em que pese os padrões em voga constituam-se de padrões de certificação amplamente empregado em diversas jurisdições ao redor do mundo, com o intuito de contribuir para a adequada seleção das certificações que nortearão a loteria estadual de São Paulo, passaremos a abordar, individualmente, as certificações passíveis de adoção pelo Poder Concedente.

5.2.1. Certificações passíveis de adoção para o Projeto

5.2.1.1. *Certificações padrão World Lottery Association (WLA)*

A Associação Mundial de Loterias, em tradução livre, pode ser caracterizada como uma associação internacional, destinada a loterias de controle estatal, operadores licenciados e fornecedores do setor, promovendo seus interesses coletivos e o papel vital desempenhado pelos serviços lotéricos na arrecadação de fundos para boas causas¹³². Além disso, a WLA busca ser reconhecida como autoridade global no setor de loterias e apostas, por meio da defesa dos mais elevados princípios éticos aplicáveis ao setor.

¹³² Disponível em <<https://www.world-lotteries.org/about-us>>. Acesso realizado em 15/10/2021.

A WLA procura, assim, facilitar o desenvolvimento dos serviços lotéricos através do fornecimento de uma gama de serviços relacionados com loterias e apostas. Em relação aos serviços disponibilizados, cumpre-nos analisar, especificamente, as certificações de sua alçada, que são divididas em duas frentes: (i) gestão de segurança e riscos; e (ii) jogo responsável.

A certificação em gestão de segurança e riscos expedida pela WLA, denominada como *WLA Security Control Standard* (WLA-SCS), se destina a garantir um nível de controle de segurança alinhado às melhores práticas mercadológicas, a fim de garantir a segurança sistêmica dos serviços lotéricos, por meio da especificação de práticas necessárias para uma estrutura de gerenciamento de segurança eficaz, mantendo a integridade, disponibilidade e confidencialidade das informações vitais ao seu funcionamento.

A certificação WLA-SCS especifica requisitos genéricos para estabelecer, implementar, operar, monitorar, revisar, manter e melhorar os sistemas de segurança e integridade das entidades que atuam no mercado de loterias, sendo aplicáveis à todas as organizações, independentemente de seu tipo, tamanho e natureza.

Dentre os requisitos especificados pela WLA-SCS, encontra-se a ISO/IEC 27001, que muito embora seja objeto de detida análise adiante, configura-se como um padrão internacional de gerenciamento de segurança da informação.

A WLA disponibiliza em seu *website* o Guia para Certificação WLA-SCS¹³³, prevendo três procedimentos distintos para: (i) certificação inicial; (ii) revisão anual; e (iii) recertificação.

Os interessados em obter a certificação WLA-SCS devem manifestar seu interesse perante a WLA, efetuando a contratação de um auditor que seja vinculado a uma das afiliadas da WLA, que acompanhará todo o processo de auditoria contra os requisitos estabelecidos para sua certificação.

Eventuais não conformidades verificadas no decorrer das auditorias devem ser sanadas em até 06 meses para viabilizar a expedição da respectiva certificação ao interessado. Por isso, a WLA sugere que, previamente à manifestação de interesse em obter a certificação, os potenciais interessados busquem efetuar uma auditoria prévia, a fim de verificar o cumprimento de todos os requisitos

¹³³ *Guide to Certification for the WLA Security Control Standard* disponível em <https://www.world-lotteries.org/volumes/downloads/Download_Center/Security/WLA_SCS_2020/WLA-SCS_GtC_2020_V8.pdf>. Acesso realizado em 15/10/2021.

exigíveis, bem como a conformidade da certificação ISO/IEC 27001 necessária.

Obtida a certificação WLA-SCS, ela terá o **prazo de vigência de 03 (três) anos**, devendo as entidades certificadas se submeterem, anualmente, a uma nova auditoria, para comprovar que continuam cumprindo com todos os requisitos impostos. Superado o prazo de vigência, as entidades que desejam manter sua certificação devem se submeter a um processo de revalidação, novamente se submetendo a todos os procedimentos iniciais, quando, então, lhe será concedida nova certificação pelo prazo de 03 (três) anos.

Para além desta certificação, a WLA promove, ainda, a certificação *Responsible Gaming Framework* (WLA RGF), que tem como objeto a prática de jogo responsável pelas entidades atuantes no setor.

A WLA RGF tem com intuito facilitar a prática do jogo responsável, estabelecendo uma estrutura para proteção dos apostadores em loterias em todo o mundo. Para isso, a certificação WLA RGF é balizada por 7 princípios, a saber:

- Adoção de medidas razoáveis para que as empresas alcancem seus objetivos, ao mesmo tempo que protegem os interesses dos apostadores;
- Adoção de práticas e procedimentos que reflitam as regulamentações governamentais impostas, autorregulação pelo Operador Lotérico, bem como responsabilidade individual dos envolvidos;
- Desenvolvimento de práticas relacionadas ao jogo responsável, levando em consideração as informações relevantes e disponíveis;
- Compartilhamento de informações com entidades interessadas para o desenvolvimento de pesquisas e promoção do jogo responsável, promovendo a melhor compreensão do impacto social dos jogos;
- Os certificados devem promover apenas jogos legais, devendo prezar pela responsabilidade dos jogos, incluindo seu processo de desenvolvimento, venda e marketing, se esforçando para que todos seus agentes autorizados atuem da mesma maneira;
- Disponibilização ao público de informações de maneira precisa e equilibrada, permitindo que os apostadores recebam informações acuradas e exatas sobre os riscos associados ao jogo;
- Realização de monitoramento, testes e revisões das atividades e práticas relacionadas às atividades e práticas relacionadas ao jogo responsável.

A certificação WLA RGF é composta por 4 (quatro) níveis que diferenciam o comprometimento das entidades certificadas com a promoção do jogo responsável, por meio da implementação dos princípios e diretrizes de segurança exigidos pela WLA.

Os níveis de certificação são definidos da seguinte forma:

- **Nível 1 – Compromisso:**
Todos os membros da WLA são aptos a obter esse nível de certificação, que se caracteriza pela concordância em adotar os princípios e diretrizes da WLA para promoção do jogo responsável.
- **Nível 2 – Autoavaliação e análise de lacunas:**
Esse nível de certificação se caracteriza pela realização de uma autoavaliação por parte das entidades certificadas para determinação sobre quais programas de jogo responsável precisam ser implementados a fim de que a organização atenda aos princípios estabelecidos pela WLA.
- **Nível 3 – Planejamento e Implementação:**
Caracteriza-se pelo efetivo desenvolvimento de um plano de ação, cronograma e orçamento para implementação dos programas de jogo responsável necessários.
- **Nível 4 – Melhoria Contínua:**
Esse nível de certificação se caracteriza pela implementação de programas específicos nas operações diárias das entidades lotéricas, bem como pela melhoria contínua de seus programas.

Os interessados na obtenção da certificação WLA RGF¹³⁴ devem se submeter a seis etapas até a efetiva concessão da certificação WLA RGF.

A primeira etapa corresponde à obtenção e análise do material disponibilizado pela WLA acerca de suas certificações, pois referido material tem a função precípua de auxiliar no preenchimento do material de inscrição.

Após, na segunda etapa, o interessado deverá submeter à WLA os formulários de inscrição devidamente preenchidos, de forma a viabilizar sua avaliação. Os mencionados formulários podem

¹³⁴ *Responsible Gaming Framework Submission Guide* disponível em <https://www.world-lotteries.org/volumes/downloads/Download_Center/Responsible_Gaming/Regular_Members/201910_EN_WLA-RGF_Submission_Guide_2021.pdf>. Acesso realizado em 15/10/2021.

ser encaminhados à WLA até os prazos de: (i) 01º de maio; e (ii) 01º de outubro de cada ano.

Em uma terceira etapa, a WLA procede com a análise do material que lhe fora submetido, para que seja aferido se a entidade que busca a certificação atende aos requisitos necessários estabelecidos. Sendo positiva a avaliação, os documentos são submetidos, ainda, ao Independent Assessment Panel (IAP), órgão interno da WLA que se responsabilizará pela efetiva análise sobre o cumprimento ou não dos requisitos especificados.

Por conseguinte, compreendendo a quarta etapa, o IAP possui o prazo de 06 (seis) semanas para concluir a avaliação dos documentos submetidos e elaboração de um relatório de avaliação sobre os requisitos atendidos, bem como aqueles que não se encontram em conformidade. Havendo necessidade, serão requisitadas novas informações diretamente à entidade que submeteu o pedido de certificação.

Em uma quinta etapa, a parte interessada possui o prazo de até 15 (quinze) dias para reavaliação da documentação submetida à WLA, levando em consideração o relatório emitido pelo IAP, podendo efetuar as retificações necessárias.

Por fim, na sexta etapa, caso sejam atendidas todas as especificações expedidas pelo IAP e estando em conformidade a documentação apresentada, a WLA expedirá, em até 15 (quinze) dias, o nível de certificação a que a entidade interessada faça jus.

A certificação WLA RGF também apresenta prazo de vigência de 03 (três) anos, contados da emissão da respectiva emissão pela WLA, podendo ser renovada por igual período, sempre que cumpridas as etapas elencadas acima.

5.2.1.2. *Certificações padrão International Organization for Standardization (ISO)*

A Organização Internacional de Normatização (ISO) é uma organização privada internacional que estabelece normas internacionais voluntárias, baseadas em consenso e relevantes ao mercado, apoiando a inovação e fornecendo soluções para os desafios globais mapeados.

Em relação aos serviços lotéricos, duas certificações ISSO se destacam:

- ISO/IEC 27001 – Referente à gestão de segurança da informação, que estabelece requisitos

primordiais para garantir a confidencialidade das informações que permeiam o sistema em operação, permitindo a eficácia na proteção aos dados financeiros e confidenciais e minimizando a possibilidade de acesso fraudulento à tais informações;

- ISO 37001 – Referente à gestão de sistemas antissuborno, que fornece requisitos para implementar, manter e aperfeiçoar um sistema antissuborno, abrangendo suborno nos setores público, privado e sem fins lucrativos.

Ambas as certificações devem ser adquiridas diretamente perante a ISO mediante o pagamento de quantia específica, a partir do momento em que os interessados se submeterão às auditorias necessárias para comprovação do cumprimento dos requisitos especificados a fim de garantir a segurança das informações no caso da ISO/IEC 27001 e do sistema antissuborno no caso da ISO 37001.

5.2.1.3. *Certificações padrão Gaming Labs International (GLI)*

Trata-se de uma empresa privada, líder em testes e certificação para a indústria global de jogos, estabelecendo relevantes padrões metodológicos para o setor lotérico. Muito embora o foco no presente Relatório se limite aos serviços lotéricos, a GLI se mostra mais abrangente, adotando padrões para toda a indústria de jogos, sendo aplicáveis em diversas jurisdições e inclusive estabelecendo parâmetros adotados por outras entidades, tais como a *World Lottery Association*, *The European Lotteries* e *North American Association of State and Provincial Lotteries*.

Diante da abrangência das certificações expedidas pela GLI, abordaremos, é importante destacarmos as principais certificações aplicáveis ao setor lotérico, objeto do presente estudo. Destacam-se, assim, as seguintes certificações:

- Certificação GLI 14 – Aplicável à loteria na modalidade instantânea, em meio físico e/ou virtual, possível mediante a conferência de uma série de requisitos imposto para aferir a segurança dos jogos disponibilizados pela entidade interessada em obter a certificação.
A certificação é concedida após testes laboratoriais e no respectivo estabelecimento das entidades que buscam a certificação, para aferir a integridade do sistema, dos terminais de jogos, sua comunicação e configurações.
- Certificação GLI 15 – Aplicável à sistemas Keno, que integram a modalidade lotérica de prognóstico numéricos, com sorteio realizado mediante a geração de um número aleatório e

tem como objetivo estabelecer requisitos que possam garantir a lisura dos sorteios realizados. Assim como ocorre na certificação anterior, o procedimento para sua validação é precedido de testes laboratoriais e *in house*, para aferir a integridade do sistema, dos terminais de jogos, principalmente para validação do Gerador de Números Aleatórios que deverá ser: (i) independente; (ii) conforme à distribuição aleatória; (iii) ser aprovado em testes estatísticos diversos; e (iv) ser imprevisível.

- Certificação GLI 19 – Aplicável a sistemas de jogos interativos (online), esta certificação abrange uma série de requisitos impostos em outras certificações congêneres, a fim de assegurar a credibilidade dos jogos *online*, estabelecendo requisitos de controle mínimo interno para os Operadores Lotéricos.

Em razão de sua abrangência, a certificação GLI 19 deve ser precedida de testes laboratoriais para aferição sobre os componentes do sistema de jogos interativos, além de auditorias operacionais acerca dos procedimentos e práticas adotadas pelo Operador Lotérico, das técnicas de controle de segurança e dos prestadores de serviço que os atendem.

- Certificação GLI 23¹³⁵ – Aplicável a sistemas de vídeo terminais que suportam a comercialização de produtos lotéricos, abrangendo uma série de requisitos impostos em demais certificações estabelecidas pela GLI, para garantia acerca do sistema utilizado em referidos terminais, bem como de todos seus componentes relevantes.

- Certificação GLI 33 – Aplicável a padrões para sistemas de apostas para eventos e destina-se a ser usado por órgãos governamentais, operadores lotéricos e fornecedores do setor como uma diretriz de conformidade para tecnologias e procedimentos relativos a apostas em eventos.

Referida certificação é precedida de testes laboratoriais e de auditoria operacional de procedimentos e práticas de aposta e controle de segurança sobre todos os requisitos impostos para certificação do sistema.

¹³⁵ Importante notar que os padrões presentes no protocolo n. 23 circunscreve os seguintes padrões:

- a) Dispositivos de jogo progressivos GLI-12;
- b) Sistemas de Monitoramento e Controle On-Line (MCS) GLI-13 e Sistemas de Validação;
- c) Sistemas GLI-14 loterias instantâneas e máquinas de venda de bilhetes;
- d) Sistemas sem dinheiro GLI-16;
- e) Sistemas de bônus GLI-17
- f) Sistemas Promocionais GLI-18;
- g) Quiosques GLI-20;
- h) Padrões do sistema cliente-servidor GLI-21; e
- i) Sistemas de interface de usuário de jogador GLI-28.

De forma geral, os diversos requisitos impostos para as certificações expedidas pela GLI tem como preceito: (i) eliminar critérios subjetivos; (ii) testar os critérios que afetem a credibilidade e integridade dos sistemas de apostas; (iii) criar um padrão que garanta a segurança e auditabilidade das apostas, bem como que permita a adoção de novas tecnologias; (iv) avaliação de sistemas de controle internos; e (v) construir um padrão independente, que não especifique design, método ou algoritmo específico.

Sendo as certificações expedidas pela GLI de caráter mais abrangente, uma análise incisiva sobre os requisitos por ela impostos demonstra que são suficientes, inclusive, para abranger as certificações previamente abordadas.

Desta forma, prezando pela maior segurança aos jogos lotéricos, sugere-se a adoção das certificações GLI 14, 15, 19, 23 e 33, ou similares, como as certidões analisadas previamente e expedidas pela WLA e ISO.

Sendo assim, é possível determinar atributos fundamentais que os concessionários ou autorizados devem ter em suas operações para estarem em conformidade com os melhores padrões de mercado, sobretudo para se evitar que a loteria estadual seja uma “porta de entrada” para crimes, tais como “lavagem de dinheiro” e “combinações de resultados”.

A implantação de um Sistema de apostas e sorteios é uma tarefa complexa e, como tal, exigirá o desenvolvimento de processos e de procedimentos para garantir que o sistema seja configurado e operado com o nível de segurança e controle necessários.

Para tanto, espera-se que a operadora estabeleça um conjunto de Especificações Mínimas de Controle Interno (EMCI) para definir os requisitos internos para a criação, gestão e tratamento de transações de apostas, bem como os requisitos para controle interno de qualquer sistema ou software de componente e hardware, e seus associados para manter a confiabilidade sistêmica.

Os padrões técnicos estabelecidos neste ponto do estudo, e tendo em vista a pesquisa realizada em algumas jurisdições, se aplicam aos sistemas que suportam sorteios e apostas, incluindo em esportes, competições, jogos e outros tipos de eventos aprovados pelo Agente Regulador.

Os requisitos se aplicam a apostas e em eventos de regulares de uma loteria de uma maneira geral e, portanto, não se limita à mercados específicos. A intenção desses parâmetros é fornecer uma estrutura

para cobrir aqueles eventos conhecidos e permitidos pela lei. Essa parte do estudo não se destina a definir, de maneira categórica, quais partes são responsáveis pelo cumprimento dos requisitos dos padrões técnicos abaixo enunciados, mas apontar um núcleo duro de comportamentos capazes de afastar certos riscos e incertezas na execução das loterias.

Com efeito, é responsabilidade das partes interessadas, de cada operador e do Agente Regulador, determinar como melhor atender aos requisitos aqui apresentados e que também seguirão replicados no Produto Final III – Plano Operacional.

5.3. **Payout mínimo, remuneração do parceiro privado e ônus de fiscalização**

A exploração dos serviços lotéricos movimenta, sem sombra de dúvidas, uma elevada quantia de recursos financeiros, dado o volume das apostas realizadas por modalidade, gerando proventos a todos os integrantes da relação jurídica em voga.

De todos os jogos comercializados: **(i)** uma parte relevante dos valores arrecadados é destinada à **premiação dos apostadores** (*payout*) – medida necessária para a motivar os apostadores a consumirem os produtos lotéricos comercializados – sendo a flexibilidade do *payout* mínimo por modalidade uma ferramenta importante do ponto de vista da atratividade dos jogos, preservação do apostador e viabilidade econômico-financeira da exploração dos serviços; **(ii)** parte ainda se destina ao **compartilhamento de receitas com o Poder Concedente**, a título de “outorga variável”, valor a ser destinado para “ações voltadas à assistência social e à redução da vulnerabilidade social no Estado”, tendo como base de cálculo o GGR (*Gross Gaming Revenue*); e **(iii)** uma terceira parte é destinada à **remuneração do operador lotérico** (concessionário ou autorizatário responsável pela comercialização dos produtos lotéricos) e do órgão fiscalizador (ARSESP, caso seja considerada a forma de regulamentação e fiscalização apresentada no parágrafo anterior).

O presente capítulo, se destina especialmente a discorrer sobre os itens (i) e (iii) mencionados acima, haja vista que o compartilhamento de receitas destinado a ações sociais será objeto de análise no subtópico 5.4.

5.3.1. Payout mínimo

Embora os serviços lotéricos tenham natureza de serviço público conforme determinado em Lei – principalmente em razão de sua destinação social –, sua exploração por parceiro privado não deve ser

tomada por excessivas amarras impostas pelo Poder Concedente, sob pena de frustrar a comercialização dos produtos lotéricos comercializados, ou mesmo obstar a majoração de sua comercialização.

Esse entendimento se aplica, principalmente, ao *payout*, termo utilizado para representação dos valores destinados à premiação dos apostadores sorteados nas diversas modalidades lotéricas passíveis de exploração pelo parceiro privado.

O valor do *payout* figura como um dos principais fatores que impulsionam a comercialização dos produtos lotéricos. Isso porque, ademais do viés social por trás da exploração dos serviços lotéricos, a compra de um bilhete lotérico, em ambiente físico ou virtual, representa a expectativa do apostador no recebimento de prêmios maiores ou menores, a depender do valor apostado e do grau de dificuldade do produto lotérico selecionado.

E como visto no Produto Final II – Diagnóstico Mercadológico e Estudo de Demanda, são diversos os perfis de público consumidor dos serviços lotéricos, havendo desde apostadores motivados a investir valores em produtos com alta chance de premiação, ainda que os prêmios não sejam tão elevados, até aqueles apostadores dispostos a investir em produtos lotéricos com baixa chance de premiação, porém onde as premiações são vultosas.

Ainda importa ressaltar o aspecto concorrencial das modalidades exploradas no Estado com relação as modalidades da União, de modo que para tornar o produto estadual mais atrativo, esse deverá adotar condições de premiação idênticas ou melhores, sob pena de frustração da atividade pela impedância que se seguirá para os jogos potencialmente mais interessantes ao apostador.

E é justamente nesse ponto que a imposição de amarras excessivas pelo Poder Concedente poderia prejudicar a adequada comercialização dos produtos lotéricos.

Em que pese seja possível a delimitação do *payout* pelo Poder Concedente, isso não se mostraria benéfico ao serviço público em voga, de forma que a segurança a ser perpetrada por meio da regulação do serviço público pode se dar apenas pela delimitação do *payout* mínimo a ser distribuído a título de prêmios, garantindo, assim, o interesse do público que se utilizará dos serviços lotéricos.

O Estado deve assegurar, por meio da regulação a ser imposta ao operador do serviço lotérico, o devido pagamento das premiações previstas nos respectivos planos lotéricos, bem como da adequada

repartição de valores destinados à projetos sociais, sem, contudo, fixar os valores a serem objeto de remuneração do parceiro privado.

Em verdade, o sistema remuneratório tal qual sugerido apresenta três pilares, sendo: (i) compartilhamento de receitas fixado previamente, na condição de outorga variável; (ii) *payout* mínimo; e (iii) remuneração variável do operador lotérico a depender do *payout* fixado.

Conforme mencionado alhures, o *payout* mínimo busca assegurar premiação adequada aos usuários do serviço lotérico, evitando que o planejamento de determinados produtos lotéricos favoreça sobremaneira o parceiro privado, sem oferecer premiação adequada. Com isso, resta preservado o apostador.

Engessar os valores de *payout* e de remuneração do operador lotérico obstariam a oferta de produtos de maior atratividade ao público, de forma que todos os jogos lotéricos já teriam regras previstas antes mesmo de sua concepção. Ou seja, qualquer produto lotérico que viesse a ser cotejado futuramente necessitaria seguir o *payout* estabelecido.

Demais disso, tratando-se de uma concessão de serviço público – seja no Cenário A ou ainda no Cenário B – é premissa geral a assunção de riscos pelo parceiro privado, para que lhe seja conferido o direito de explorar os serviços da forma mais eficiente e que apresente melhor remuneração aos envolvidos, sempre respeitando os princípios basilares da Administração Pública.

Posto isso, é indicada a adoção de regulação apenas de *payout* mínimo – medida suficiente a resguardar os direitos dos usuários –, permitindo ao operador responsável pela exploração dos serviços lotéricos a estipulação de produtos lotéricos com *payout* superior ao mínimo previsto, ainda que tal medida lhe gere uma redução de rendimentos.

É dizer: cabe ao próprio concessionário mensurar os riscos e os limites de *payout* passíveis de adoção para cada um dos produtos lotéricos a serem comercializados, o que será objeto de justificativa no respectivo plano lotérico – item que será melhor delineado nos tópicos seguintes.

Desta forma, o operador lotérico poderá adequar a comercialização dos produtos lotéricos em conformidade com as exigências impostas pelo mercado, podendo adotar estratégias diversas para cada produto lotérico.

Tal medida, desta forma, apenas favorece a adequada prestação do serviço público de loterias com maior eficiência, possibilitando maiores incentivos aos apostadores que, em um efeito em cascata, ocasionam na ampliação da comercialização dos produtos lotéricos e, por consequência, gera mais recursos para investimentos sociais.

5.3.2. Remuneração do parceiro privado

Conforme exposto até aqui, as receitas decorrentes da exploração dos serviços lotéricos se distinguem de acordo com sua variabilidade, sendo indicada a fixação do percentual atribuível às ações sociais tendo como base de cálculo o GGR (*Gross Gaming Revenue*), enquanto o *payout* deve ter fixado apenas seu valor mínimo, podendo ainda ser estipulado valor a maior a depender do produto lotérico comercializado e a intenção do operador.

Além disso, devem ser estipuladas as remunerações atribuíveis ao operador lotérico e ao órgão fiscalizador.

Ressalvada a taxa de fiscalização devida ao regulador, a dinâmica aplicável a qualquer remuneração do operador e/ou compartilhamento de receitas com o Poder Concedente deve ocorrer sobre a receita líquida advinda da comercialização dos produtos lotéricos, isto é, o GGR (*Gross Gaming Revenue*), que é calculado após extração do valor da premiação e dos impostos que recaiam sobre o prêmio.

Tal dinâmica busca sempre privilegiar o apostador, ou usuário do serviço público lotérico, sem que haja qualquer interferência no valor de sua premiação, de forma que a contraprestação dos demais *stakeholders* apenas será calculada após o pagamento da premiação.

Nesse mesmo sentido, convém ressaltar que, caso se cogitasse que a remuneração do parceiro privado fosse calculada sobre o valor bruto da comercialização dos produtos lotéricos, não se estaria a considerar todos as deduções que necessitam ser efetuadas. Prejudicar-se-ia, assim, o compartilhamento de receitas destinado às ações sociais, que seriam impactadas pelas deduções necessárias, em afronta ao interesse público.

Desta forma, especificamente acerca da remuneração do parceiro privado, ela deve ser extraída da receita líquida da comercialização dos produtos lotéricos, após a devida compensação dos valores atribuíveis às ações de cunho social.

Como a remuneração do parceiro privado advém do resultado obtido após a efetivação de todas as subtrações aplicáveis à renda decorrente da comercialização dos produtos lotéricos, a definição do *payout* para cada produto lotérico impacta de forma profusa a remuneração do parceiro privado, uma vez que esta será o valor que restar após (i) o pagamento do *payout* e dos impostos sobre a renda incidentes; e (ii) o compartilhamento de receitas a título de ações sociais do Estado, devendo-se observar também a remuneração do órgão fiscalizador/regulador.

A viabilidade da comercialização, por conseguinte, deve ser objeto de estudo no plano lotérico a ser apresentado ao órgão responsável – no caso, o agente regulador – justificando-se a viabilidade e plausibilidade do *payout* definido pelo operador lotérico.

Resta claro, assim, que a remuneração principal do parceiro privado deve advir de parcela da receita líquida da comercialização dos produtos lotéricos. Ocorre, entretanto, que a remuneração do parceiro privado não serve apenas para o retorno sobre o capital investido, mas também para que sejam cobertos os custos operacionais da prestação do serviço público.

Referida prática – remuneração do parceiro privado com base na receita líquida dos produtos lotéricos comercializados – inclusive fora observada a título de boas práticas observadas nos *benchmarks* atualizados.

Por outro lado, é certo que os valores decorrentes do preço público de comercialização dos produtos lotéricos não correspondem à única forma de remuneração possível no âmbito de uma concessão de serviço público.

Nos termos do art. 11 da Lei Federal nº 8.987/1995¹³⁶, o modelo de concessão comum abarca a possibilidade de exploração de “*receitas alternativas, complementares, acessórias, ou de projetos associados*”, a bem da modicidade tarifária.

E diante do potencial econômico da exploração dos serviços lotéricos no Estado de São Paulo, é possível afirmar que a exploração de receitas acessórias – aqui tratada como gênero para fins didáticos – apresenta amplo espaço para desenvolvimento.

¹³⁶ Lei Federal nº 8.987/1995: “Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.”

Tratando-se de comercialização de bilhetes lotéricos para sorteio de prêmios, por exemplo, facilmente pode se cogitar as possibilidades de exposição de marcas e produtos na face dos bilhetes, ou mesmo para que produtos respectivos figurem como prêmio dos produtos lotéricos, em parceria com empresas interessadas.

A exploração de receitas acessórias, inclusive, pode impactar na definição do *payout* a ser atribuído aos apostadores. É o caso, por exemplo, da minuta do Contrato de Concessão da LOTEX,¹³⁷ em que há previsão de exploração, pela concessionária, de receitas extraordinárias, definidas como “complementares, acessórias ou alternativas” às receitas provenientes da exploração de fato dos serviços lotéricos.

Assim, quanto maior a receita advinda da exploração de receitas acessórias, menor a relevância da remuneração lastreada na receita líquida fruto da comercialização dos produtos lotéricos.

Por esta razão, a exploração de receitas acessórias, além de figurar como importante fonte de receita para o parceiro privado e consequentemente objeto de compartilhamento de receitas junto ao Poder Concedente, também possibilita a atribuição de premiações mais vantajosas aos apostadores.¹³⁸

Diante disso, é possível concluir-se que a remuneração do parceiro privado deverá advir de duas fontes distintas, sendo uma parcela principal decorrente da receita líquida da exploração dos serviços lotéricos – parcela que será designada nos respectivos planos lotéricos –, enquanto outra parcela deverá decorrer da exploração de receitas acessórias.

5.3.3. Taxa de Fiscalização

Conforme pontuado previamente, pelo exercício das funções de regulação e fiscalização do serviço público de loterias, atividade que se sugere seja delegada à ARSESP, existe a necessidade de competente remuneração do órgão regulador.

¹³⁷ Conforme a minuta do Contrato de Concessão: “18.4 Relativamente ao lucro advindo de Receita Extraordinária, (i) 10% (dez por cento) será incorporado ao plano de premiação do Apostador, (ii) 60% (sessenta por cento) constituirá receita adicional da Concessionária e (iii) 30% (trinta por cento) será revertido ao Poder Concedente.”.

¹³⁸ Os exemplos acima representam somente uma hipótese do que se aventa como potenciais fontes de receitas acessórias e não contemplam a exploração da modalidade de aposta esportiva de quota fixa nessa condição, tal como cogitado para o Cenário A (cf. subtópico 7.3).

A referida remuneração, com fundamento no exercício do poder de polícia realizado pela ARSESP (artigos 77 e 78 do Código Tributário Nacional),¹³⁹ terá por finalidade financiar a Camada de Gestão sugerida no Produto Final III – Plano Operacional, e explicitada a partir do subtópico 5.6, a qual servirá de aparato fiscalizador dos serviços, independentemente do Cenário cogitado.

Sobre a viabilidade jurídica da referida cobrança, rememora-se que a ARSESP foi criada por meio da Lei Complementar Estadual nº 1025/2007, e trouxe a previsão, no artigo 29, da “**taxa de regulação, controle e fiscalização**”, devida pelos prestadores de serviços públicos cuja fiscalização e regulação tenham sido atribuídas à ARSESP, em função do desempenho da atividade de regulação, controle e fiscalização dos serviços públicos de sua competência: Confira-se:

Artigo 29 - A taxa de regulação, controle e fiscalização tem como fato gerador o desempenho da atividade de regulação, controle e fiscalização da ARSESP e terá como sujeitos passivos:

I - os prestadores de serviços de gás canalizado ou os que, em virtude de concessão, permissão ou autorização comercializem gás canalizado;

II - os prestadores de serviços públicos de saneamento básico de titularidade estadual, em virtude de concessão, permissão, autorização ou delegação legal;

III - os prestadores de serviços e os que exercerem atividades cuja fiscalização e regulação tenham sido:

a) atribuídas à ARSESP por decreto;

b) delegadas ao Estado pelos Municípios ou pela União, observados eventuais limites estabelecidos em legislação ou regulamentação específica, no ato de delegação ou nos contratos de prestação de serviço.

Referida taxa de regulação, controle e fiscalização, nos termos do artigo 30 da Lei Complementar Estadual nº 1025/2007, corresponde ao **percentual de 0,5% (meio por cento) do faturamento anual obtido com a prestação do serviço regulado pela ARSESP**¹⁴⁰.

¹³⁹ Nos termos do CTN: “Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição. Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculada em função do capital das empresas. Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.”

¹⁴⁰ Lei Complementar Estadual nº 1.025/2007: “Artigo 30 - A taxa de regulação, controle e fiscalização será determinada pelo volume de atividades da ARSESP relativas ao prestador, calculada pelo porte de suas operações.

O Decreto Estadual nº 52.455/2007, por sua vez, aprovou “o Regulamento da Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo – ARSESP”, estabelecendo regras para o pagamento da taxa de regulação, controle e fiscalização.

Embora trate-se de uma taxa calculada em base anual, seu recolhimento, nos termos do artigo 6º do Decreto ora em análise, se dá em duodécimos com vencimento no dia 10 de cada mês¹⁴¹. Assim, o recolhimento da referida taxa é realizado mensalmente.

Embora a regulação dos serviços lotéricos não tenham sido, até o momento, delegados à ARSESP, compete-nos ressaltar que, tão logo ocorra essa delegação, caso seja acolhida a sugestão do presente Relatório, passará a ser devido o recolhimento da taxa de regulação, controle e fiscalização do serviço público lotérico, conforme consignado no art. 5º, parágrafo único do Decreto Estadual nº 52.455/2007. Vejamos:

Art. 5º. A Taxa de Regulação, Controle e Fiscalização - TRCF será devida a partir de 1º de janeiro de 2008 por todos os prestadores de serviços sujeitos, nessa data, às funções de regulação, controle ou fiscalização da ARSESP.

*Parágrafo único - **Sobrevindo a regulação de novos serviços pela ARSESP, a taxa de que trata o "caput" deste artigo será devida desde a data de formalização da delegação das respectivas funções à ARSESP.***

Sendo assim, diante da necessidade de se remunerar a ARSESP pela fiscalização e regulação da prestação do serviço público de loterias, e ante a necessidade da Agência depender da contratação de serviços para implantar a devida Camada de Gestão, é possível a utilização da taxa de regulação, controle e fiscalização para tanto, desde que haja conformidade do valor imposto no artigo 30 da Lei Complementar Estadual nº 1.025/2007.

§ 1º - A taxa será de 0,50% (cinquenta centésimos por cento) do faturamento anual diretamente obtido com a prestação do serviço, subtraídos os valores dos tributos incidentes sobre o mesmo.

§ 2º - A forma e a periodicidade do pagamento da taxa serão estabelecidas em decreto”

¹⁴¹ Lei Complementar Estadual nº 1.025/2007: “Art. 6º. A Taxa de Regulação, Controle e Fiscalização - TRCF anual será recolhida diretamente à ARSESP em duodécimos com vencimento no dia 10 (dez) de cada mês.

§ 1º - É facultado ao sujeito passivo antecipar, total ou parcialmente, o pagamento das parcelas mensais devidas à ARSESP.

§ 2º - O recolhimento intempestivo dos valores devidos acarretará a incidência de multa de 10% (dez por cento) e juros legais.

§ 3º - Os valores não recolhidos serão inscritos na dívida ativa pela ARSESP para efeito de cobrança judicial na forma da legislação específica, sem prejuízo da inclusão do nome dos inadimplentes no respectivo cadastro do Governo do Estado.”

Contudo, recomenda-se, tal como sugerido no Produto Final IV – Estudo de Viabilidade Econômico-Financeira, a estipulação de um novo valor a título de “**ônus de fiscalização**”, que ostente **natureza de encargo contratual**, para fiscalização e regulação dos serviços lotéricos pela ARSESP, cujos valores terão como base a tabela de prêmios utilizada pelo Governo Federal.

A sugestão mostra-se mais adequada e razoável aos parâmetros que hoje já são praticados no mercado, daí a razão pela qual optou-se por eleger essa forma de exação em detrimento do uso da taxa positivada da ARSESP.

5.4. Modalidades exploradas e destinação dos recursos provenientes da exploração

Conforme já amplamente abordado neste Produto, a decisão do Supremo Tribunal Federal conferiu aos Estados e ao Distrito Federal a competência para regular e explorar de forma autônoma os seus respectivos serviços lotéricos.

Ocorre, contudo, que a preservação da competência legislativa exclusiva da União impede a criação de novas modalidades pelos demais entes federativos. Isto é, os Estados e o Distrito Federal poderão tão somente explorar as modalidades consolidadas pela União na Lei Federal nº 13.756, de 12 de dezembro de 2018.

Rememora-se que as modalidades estão previstas nos incisos do § 1º do artigo 14, bem como do art. 29 da referida Lei, sendo elas:

- I – loteria federal (espécie passiva): loteria em que o apostador adquire bilhete já numerado, em meio físico (impresso) ou virtual (eletrônico);*
 - II – loteria de prognósticos numéricos: loteria em que o apostador tenta prever quais serão os números sorteados do concurso;*
 - III – loteria de prognóstico específico: loteria instituída pela Lei nº 11.345, de 14 de setembro de 2006;*
 - IV – loteria de prognósticos esportivos: loteria em que o apostador tenta prever o resultado de eventos esportivos; e*
 - V – loteria instantânea exclusiva (Lotex): loteria que apresenta, de imediato, se o apostador foi ou não agraciado com alguma premiação.*
- [...]*
- Art. 29 Fica criada a modalidade lotérica [...] denominada apostas de quota fixa [...]*
- §1º A modalidade lotérica [...] consiste em sistema de apostas relativas a eventos reais de temática esportiva, em que é definido, no momento de efetivação da aposta, quanto o apostador pode ganhar em caso de acerto do prognóstico*

Portanto, os Estados e o Distrito Federal não poderão instituir outros tipos de modalidades, isto é, com dinâmicas de funcionamento diferentes daquelas descritas na Lei 13.756/2018. Isso, contudo, não os obriga a explorar todas as modalidades instituídas pela União, tampouco os impede de agregar essas modalidades em um único escopo sujeito a exploração ou ainda admitir a criação de produtos lotéricos diferentes daqueles da Loteria Federal, desde que estejam de acordo com as modalidades acima transcritas.

Certo é, de todo modo, que a Lei Estadual nº 17.386, de 14 de julho de 2021, que autorizou a instituição da Loteria Estadual de São Paulo, não dispôs sobre quais modalidades serão explorados pelo Estado. Em outros estados, contudo, é comum a delimitação das modalidades que serão exploradas, ainda que não contemplem, pela legislação de referência, todas aquelas criadas pela União.

Nesse sentido, a delimitação das modalidades a serem exploradas pelo Estado de São Paulo pode ser dar **por meio de Decreto** ou de **nova Lei Estadual** (cujas minutas seguirão como **Anexo I**) No entanto, e independentemente do veículo normativo a ser adotado para tanto, sugere-se a adoção de um **texto aberto**, que tão somente faça referência ao ordenamento federal, evitando-se, assim, a necessidade de alteração da legislação estadual sempre que houver modificações nas modalidades lotéricas pela União¹⁴².

Da mesma forma, a destinação dos recursos não foi abordada a fundo pela Lei Estadual, tendo o legislador paulista apenas consignado que o Estado deve “utilizar o resultado líquido obtido no custeio de ações voltadas à assistência social e à redução da vulnerabilidade social no Estado”.

Assim, a destinação dos recursos deverá ser discriminada junto com a regulação das modalidades lotéricas a serem explorados, estabelecendo-se o percentual de destinação dos valores arrecadados para cada modalidade. Referidos percentuais restarão sugeridos no âmbito do **Produto Final IV – Estudo de Viabilidade Econômico-Financeira**, ainda que não se ingresse efetivamente na vinculação dos recursos às finalidades da Lei Estadual nº 17.386/2021.

5.5. Delimitação territorial e formas de comercialização

¹⁴² O Estado do Espírito Santo adotou regime semelhante, conforme disposto na Lei Estadual nº 11.236/2021: “Art. 1º. **O serviço de loteria do Estado do Espírito Santo, criado pela Lei nº 1.928, de 02 de janeiro de 1964, explorará, diretamente ou indiretamente, as mesmas modalidades lotéricas que tenham sido legalizadas pela União.**”

Ainda que não se deseje tornar repetitivo o presente Relatório, em decorrência da relevância do fato para a exploração dos serviços lotéricos em âmbito estadual, é importante ressaltar que a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal nos autos das ADPF nº 492 e 493 conferiu aos Estados e ao Distrito Federal a competência para regular e explorar, de forma autônoma, os seus respectivos serviços lotéricos, desde que respeitada a delimitação territorial de cada ente federativo.

E não poderia ser diferente, pois apenas à União compete explorar os serviços lotéricos em âmbito nacional, extrapolando os limites territoriais dos Estados e Distrito Federal. Caso assim não fosse, haveria concorrência predatória entre os próprios Estados e a União, além de restar prejudicada a correta destinação dos valores a serem distribuídos em prol de ações sociais dos Estados que figuram como poder concedente dos serviços lotéricos.

O controle atinente a comercialização de produtos lotéricos dentro dos limites territoriais do Estado poderia facilmente ser implementado quando pensamos no antigo modelo de loterias, que presume a comercialização de bilhetes lotéricos físicos, cuja comercialização ocorreria apenas dentro dos limites territoriais de cada Estado.

Ocorre, entretanto, que o inegável avanço tecnológico aplicável a todos os setores econômicos também alcançou os serviços lotéricos, de forma que a prestação dos serviços lotéricos pode ser explorada não só mediante a emissão de bilhetes físicos, como também em ambiente virtual.

Essa, inclusive, é a diretriz que vem sendo utilizada pelos Estados que iniciaram as tratativas necessárias para exploração dos serviços lotéricos após o julgamento da ADPF nº 492 e 493. Tanto no Espírito Santo¹⁴³, quanto no Maranhão¹⁴⁴, Estados que assim como São Paulo já contam com Lei publicada autorizando a exploração dos serviços lotéricos, há a previsão de que tais serviços serão explorados e ambiente físico e virtual.

¹⁴³ Lei Estadual nº 11.236/2021: “Art. 1º. O serviço de loteria do Estado do Espírito Santo, criado pela Lei nº 1.928, de 02 de janeiro de 1964, explorará, diretamente ou indiretamente, as mesmas modalidades lotéricas que tenham sido legalizadas pela União. (...)”

§2º. Para a captação de apostas ou venda de bilhetes é **permitida a utilização de meio físico ou virtual.**”

¹⁴⁴ Lei Estadual nº 11.389/2020: “Art. 5º. O produto da arrecadação total obtida por meio da captação de apostas ou da venda de bilhetes das loterias estaduais, em **meio físico ou em meio virtual**, será destinado na forma prevista neste Capítulo.”

Nesse sentido, visando manter a atratividade dos serviços lotéricos, bem como para potencializar sua exploração, é imprescindível que o Estado de São Paulo, permita a comercialização de produtos lotéricos em ambiente físico e virtual ao promover a regulação destes serviços públicos.

Não obstante a permissão para comercialização dos produtos lotéricos em ambiente físicos e virtuais, é necessário que a regulação a ser imposta preveja os meios adequados para fiscalização e inibição de descumprimento do preceito territorial imposto aos serviços lotéricos, o que exigirá, por certo, competência e aparato fiscalizatório para tanto.

Nesse sentido, conforme disposto no Produto Final III – Plano Operacional, para a esmerada fiscalização dos serviços lotéricos, além da imposição de sanções ao operador lotérico caso seja constatada a comercialização dos produtos além dos limites territoriais do Estado, é importante exigir a utilização de aparato tecnológico adequado para impedir esse fato, mediante adoção do *geofence*.

É claro que a fiscalização não deve se restringir ao ambiente regulador. Deve coibir, sobretudo, a atuação irregular de operadores sem autorização para tanto, ainda que regularmente autorizados por outros Estados. Nesse sentido, o anteprojeto de Lei que acompanha o presente Relatório dá as devidas diretrizes para que o Estado possa fiscalizar e sancionar operadores atuantes no ambiente de ilegalidade.

Consigna-se que, em razão da importância da infraestrutura suscitada acima, que se mostra primordial para a adequada prestação dos serviços públicos de loterias, sua implantação deverá ser prevista em Edital., bem como nos documentos que o integram.

5.6. Proposta de arranjo institucional para regulação dos serviços

Embora o arranjo institucional também tenha sido objeto de estudo no Produto Final III – Plano Operacional, é importante ressaltarmos alguns aspectos regulatórios referentes à estrutura operacional sugerida no presente Relatório, que é dividida em duas camadas, a saber: **(i)** Camada Operacional e **(ii)** Camada de Gestão. Esse arranjo se aplica a qualquer um dos Cenários.

A **Camada Operacional**, mais simples e amplamente abordada no decorrer do Relatório, se restringe



à delegação do serviço público aos operadores lotéricos. O operador, por sua vez, será responsável pela habilitação de pontos de venda físicos e virtuais, além da realização dos investimentos necessários ao desenvolvimento e execução dos produtos lotéricos.

E mesmo essas atividades poderão ser subcontratadas, isto é, mediante contratos a serem celebrados entre privados (art. 25, § 2º da Lei Federal nº 8.987/1995).¹⁴⁵ A subcontratação, por certo, não exime o operador de suas responsabilidades perante o Poder Concedente.

Em que pese a relação de direito privado existente entre o Operador dos serviços lotéricos e os respectivos pontos de venda, é importante ressaltar que o operador lotérico sempre estará sujeito à regulação da ARSESP, devendo parametrizar suas relações com os pontos de venda em consonância com as regulações a ele impostas (art. 25, § 3º da Lei Federal nº 8.987/1995).¹⁴⁶

¹⁴⁵ Lei Federal nº 8.987/1995: “Art. 25, § 2º Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.”

¹⁴⁶ Lei Federal nº 8.987/1995: “Art. 25, § 3º A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido.”

Por outro lado, a camada de gestão apresenta uma relevante inovação a fim de garantir a devida prestação do serviço público de loterias, com a devida fiscalização pelo Estado.

A **Camada de Gestão**, tal qual sugerida, é focada na atuação da ARSESP que, além de promover os atos necessários para a devida regulação dos serviços lotéricos, deverá:

- garantir a integridade sistêmica dos produtos, por meio do monitoramento dos indicadores estratégicos, financeiros e operacionais da Loteria;
- Fiscalizar os Acordos de Níveis de Serviços com os Operadores Lotéricos;
- Subsidiar a ARSESP com informações multidimensionais para tomada de decisão e inteligência estratégica;
- Gerenciar toda e qualquer ação de marketing a ser veiculada pelo operador lotérico;
- Credenciar empresas Certificadoras para garantir as certificações necessárias aos sistemas, equipamentos e processos dos Operadores Lotéricos.

Por fim, a auditoria dos jogos é importante para a garantir aos órgãos de controle, assim como à própria ARSESP, a fidedignidade dos serviços lotéricos prestados pelo operador lotérico, trazendo maior segurança ao próprio Estado, bem como aos apostadores que se utilizam dos serviços lotéricos.

A auditoria se dará mediante a contratação de empresa com *know-how* para tal atividade, mediante contrato de prestação de serviços acoplado ou não ao fornecimento de equipamentos necessários à fiscalização (modalidade que hoje já se admite na Lei Federal nº 14.133/2021).¹⁴⁷

Há de se frisar que o arranjo institucional proposto, segregando gestão da operação, não onera a Agência Reguladora, ainda que implique a obrigação de efetuar a contratação de empresas prestadoras de serviço que possuam tal expertise, na medida em que a **taxa de fiscalização** tratada no subtópico 5.3 se mostraria suficiente para fazer frente às despesas decorrentes desses serviços.

Não obstante a assunção da Camada de Gestão pela ARSESP, função que será desempenhada mediante a contratação de empresas prestadoras de serviços, a Agência ainda conserva as atividades de fiscalização e validação dos Planos Lotéricos a serem elaborados pelos operadores.

O Plano Lotérico consiste no conjunto de regras estipulado para cada produto lotérico a ser objeto de comercialização pelo operador, prevendo todas as condições aplicáveis, como o volume de bilhetes

¹⁴⁷ Trata-se do **contrato de fornecimento e prestação de serviço associado**, definido pelo art. 6º, XXXIV, da nova lei, como “regime de contratação em que, além do fornecimento do objeto, o contratado responsabiliza-se por sua operação, manutenção ou ambas, por tempo determinado”.

lotéricos a serem emitidos, a periodicidade de sorteios, o percentual de premiação a ser concedido aos apostadores entre outros elementos relevantes.

Como visto anteriormente, o *payout* impacta diretamente na operacionalização dos serviços lotéricos e, tamanha sua importância, deverá ser submetido ao crivo da ARSESP para sua anuência acerca das condições impostas.

Competirá à ARSESP, assim, analisar os respectivos Planos Lotéricos que sejam submetidos pelos operadores, aprovando sua veiculação caso estejam de acordo com a regulamentação imposta, ou ainda determinando as diligências necessárias para sua correção.



6. QUESTÕES JURÍDICAS RELEVANTES PARA VIABILIDADE DO PROJETO

6.1. Exploração de serviços públicos em ambiente concorrencial

As loterias são serviços de consumo opcional, distinto dos serviços públicos tradicionais, voltados ao atendimento de necessidades essenciais da coletividade, o que justifica o intenso investimento em campanhas publicitárias, enquanto apelo lúdico para estimular o consumo.

Como visto até o presente capítulo, as loterias estaduais, inclusive a que se pretende implementar, sofrem influxos concorrenciais de **ordem intramodal** – considerando a concorrência direta com as modalidades que são exploradas pela União Federal¹⁴⁸ – como também de **ordem intermodal** – como se verifica da atratividade de serviços semelhantes como sorteios promocionais, títulos de capitalização ou ainda os jogos de azar.

Esses registros são suficientes para se tomar nota que a regulação a ser desenvolvida não terá tanto apego acerca do potencial abuso de poder de mercado dos operadores lotéricos, ainda que a modelagem a ser escolhida pelo Estado de São Paulo caminhe para um regime de exclusividade (Cenário A). Assim, por exemplo, não se vislumbra risco de majoração do preço das apostas, na medida em que tal estratégia afetaria a arrecadação do operador privado.

De todo modo, a Lei Geral de Concessões admite a outorga dos serviços tanto em caráter exclusivo como em ambiente concorrencial, sendo aquele admitido apenas “*no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5º desta Lei.*” (art. 16 da Lei Federal nº 8.987/1995).

A não exclusividade da prestação dos serviços públicos não é novidade. Ocorre, antes, em diversos setores, desde transporte coletivo de passageiros até infraestruturas portuárias. Trata-se de desdobramento da livre iniciativa, valor constitucional fundante da ordem econômica, cuja restrição apenas ocorrerá em caráter excepcional.¹⁴⁹

A exclusividade, portanto, só será admitida em razão de questões técnicas ou econômicas. Embora o Edital de Chamamento Público tenha exigido uma análise de viabilidade concomitante de cenários,

¹⁴⁸ Aqui estamos reputando como remoto o risco de concorrência com eventuais loterias municipais. Em nosso entendimento, seria inconstitucional qualquer tentativa municipal para tanto, cujas razões foram tratadas no âmbito do capítulo 3.2.1.

¹⁴⁹ Cf. SCHIRATO, Vitor Rhein. Concorrência na prestação dos serviços públicos e seus limites. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 18, n. 71, jul./set. 2020, Belo Horizonte, p. 223.

com e sem exclusividade, fato é que a legislação é quem fixou os critérios para se elencar qual o regime mais adequado, sendo o ambiente competitivo a regra (Cenário B).

Não obstante, para fins do presente Relatório, adotaremos uma posição agnóstica e analisaremos os efeitos de ambos os Cenários, conquanto se tenha conhecimento que o Cenário A apresenta evidentemente ganhos de escala e subsídios cruzados na exploração das modalidades que favoreçam sua opção em detrimento dos riscos do Cenário B.

A implantação da concorrência nos serviços lotéricos, como se verá, não está atrelado necessariamente a pluralidade de prestadores sob uma mesma modalidade lotérica a ser explorada.

Aqui adotaremos recorte mais amplo para admitir que o Cenário em regime de competição é aquele marcado pela possibilidade de exploração de modalidades por sujeitos distintos, seja quando há assimetria de regimes regulatórios (concessão x autorização)¹⁵⁰ ou não (diversos lotes de concessão).¹⁵¹

Em ambientes concorrenciais pode-se elencar ao menos dois efeitos aos contratos de concessão. O primeiro, diz respeito a possibilidade de se admitir instrumentos de flexibilidade tarifária, de modo a permitir que os operadores disputem por preços competitivos aos usuários. O segundo, pressupõe a possibilidade de compartilhamento de bens e infraestrutura correlata aos serviços, de modo a permitir a competição eficiente entre os operadores.

No caso dos Cenários propostos no presente Relatório, resta claro que a flexibilidade tarifária será inerente a qualquer das situações que venha ser cogitada, pela própria natureza dos serviços a que se está delegando. Já o compartilhamento de infraestrutura e bens poderá ser viabilizada no Cenário B, desde que existam incentivos aos operadores para tanto. Esse tema será retomado quando da avaliação dos efeitos da competição no capítulo 7.4.

Por outro lado, tratando-se de serviço público, alguns cuidados decorrentes da maximização do regime concorrencial devem ser alertados, sob pena de afetar a qualidade do serviço, podendo ensejar, no limite, a própria solução de continuidade das atividades.

¹⁵⁰ É o que ocorre no setor de portos, por exemplo.

¹⁵¹ Ambiente bastante habitual em concessões de transporte público de passageiros.

Nesse sentido, destaca-se (i) a maior propensão à captura do regulador, na medida em que a assimetria informacional tende a aumentar com a diversificação de operadores; (ii) ampliação do efeito *cream skimming*, isto é, a decisão de empresas que buscam atender apenas os usuários/clientes lucrativos; e (iii) expansão dos custos fixos do negócio e aumento dos preços praticados.

Todos esses efeitos devem ser antecipados pelo futuro regulador, ainda que não se possa mitigar por absoluto seus efeitos, na medida em que fazem parte natural do cenário de competição.

6.2. Serviços públicos não essenciais e regime de liberdade de preço

Para fins de conceituação introdutória, a regulação de preços e tarifas constitui uma das formas de intervenção estatal no domínio econômico vinculada à uma necessidade de estabilização/neutralização de impactos de *falhas de mercado*. Em termos práticos, quando determinado mercado não possui condições de se “autorregular” e manter-se em situação de competição perfeita¹⁵², como ocorre na dinâmica de boa parte dos serviços públicos, se verifica a necessidade de ações governamentais voltadas a coibir abusos e práticas anticompetitivas.

Dentre as falhas de mercado passíveis de ingerência complementar por atividade estatal, encontra-se a caracterização do **monopólio**. A monopolização de determinada atividade se dá em ambiente onde elementos de concorrência não são verificados, seja de forma intencional, seja ainda em razão de características intrínsecas de determinado produto, serviço ou atividade não acomodarem a

¹⁵² “Concorrência perfeita é a força pela qual a economia atinge uma ótima alocação de recursos sem a necessidade de mecanismos complementares ao funcionamento do próprio mercado (interação entre produtores e consumidores). Para isso, algumas condições são necessárias. Tais como: (a) ausência de barreiras à entrada: não há custos diferenciados que devem ser incorridos pelos ingressantes potenciais, mas que não afetam os concorrentes já estabelecidos (FARINA, 2000, p..43); (b) produtos são homogêneos: a escolha do consumidor dá-se fundamentalmente por meio do preço do bem, visto que não há distinções significativas entre os bens ofertados pelos diversos produtos do mercado. Nessas circunstâncias e com muitos ofertantes, os produtores são tomadores de preço, pois não conseguem, individualmente, influenciar o nível de preço de mercado. Este, por sua vez, é resultado da interação entre oferta e demanda, o que apresenta uma condição de equilíbrio em que essas funções se igualam.

(...)

Na prática, a economia encontra arranjos intermediários, que respondem às imperfeições nas condições citadas (barreiras à entrada, homogeneidade de produtos, informação perfeita e plena mobilidade de fatores). Havendo falhas de mercado, o mercado por si só não mais garantirá que a economia esteja no mais alto bem-estar possível.

Nessa situação, deve-se buscar arranjos complementares ao mecanismo de mercado para mitigar os efeitos indesejáveis das falhas de mercado e aumentar a eficiência econômica e, conseqüentemente, o nível de bem-estar.” (VIEGAS, Cláudia & MACEDO, Bernardo. “2 Falhas de Mercado: Causas, Efeitos e Controles.” In *Direito Econômico Regulatório*, coord. Mario Gomes Shapiro, p. 81-82. São Paulo: Saraiva, 2010)

convivência de diversos fornecedores – admitindo-se, por vezes, pouquíssimos ou um único agente (monopólio natural).

Da situação de monopólio, é originada a potencial externalidade consistente no “exercício de poder de mercado”, onde o monopolista, se valendo da exclusividade de atuação naquele mercado, opta por praticar preços elevados e/ou restrições de oferta que não ocorreriam num ambiente de competição. Em razão desse fato, intervenções regulatórias são, quase que na integralidade dessas situações, imprescindíveis ao bem-estar da relação de consumo.

Depreende-se de alguns serviços públicos e atividades econômicas de relevante interesse público, não poucas vezes, se constituem em monopólio natural, de modo que a atividade se mostra economicamente viável apenas quando investida por um único prestador.

Exemplo clássico dessa característica é observado nas concessões de rodovias. O monopólio, nesses casos, é constituído em razão de não ser passível a implantação de mercado competitivo – seja em razão da inviabilidade econômica de coexistência de prestadores, seja em virtude da impossibilidade de concorrência física entre duas possibilidades de rota. Nesse caso, invariavelmente, o usuário que se desloca de ponto “x” a “y” não possui alternativa se não a utilização do serviço prestado pela concessionária, mediante, consequentemente, o pagamento da tarifa de pedágio que por ela é cobrada.

Contexto como este constituiria clássica possibilidade de imposição de poder de mercado, mediante a cobrança de tarifas em valores exorbitantes e em descompasso com os serviços em contraprestação. Para este caso, e para diversos outros em que o monopólio é constituído em concomitância à essencialidade daquele determinado serviço, é que a intervenção estatal mediante a regulação tarifária é imprescindível.

Nesses casos, assim, a estrutura tarifária – ou até mesmo a própria tarifa – é pré-fixada pela própria Administração Pública no edital da futura licitação, sendo a tarifa resultante do procedimento competitivo *pelo* mercado (art. 9º da Lei nº 8.987/1995), de modo a permitir sua vinculação, durante todo o prazo da concessão, aos padrões de investimento e em valores equivalentes à oferta de serviços pelo parceiro privado.

Há, contudo, que se ponderar sobre a aplicação e/ou conveniência de uma regulação incisiva aos casos em que, mesmo serviço público, o contexto de mercado se distancia, (i) da exclusividade característica

do monopólio que ensejaria a intervenção, (ii) da essencialidade, ou (iii) cumulativamente dessas duas características. Nesse tipo de atividade pode-se presumir maior preponderância da iniciativa privada à definição de preços, seja parcial (**regime de flexibilidade**) ou total (**liberdade tarifária**).

O regime de flexibilidade encontra aplicação em casos que, mesmo diante da necessidade de certa regulação, ainda é possível abrir espaço ao manejo tarifário no âmbito da prestação do serviço pelo particular.

Formas de operacionalização dessa flexibilização são encontradas, por exemplo, na regulação tarifária pelo preço-teto¹⁵³ (ou “*price-cap*”) – onde se utilizam indexadores e descontos de produtividade (fator X) para determinação de reajustes máximos.

Já no regime de liberdade tarifária, é outorgado à própria concessionária a competência para o estabelecimento do valor da tarifa, sem prejuízo da ingerência por parte do Poder Concedente em casos de abuso desse poder.

A aplicação desse regime é comum em serviços públicos que atuam em regime de concorrência – como, por exemplo, no setor de telefonia fixa e no setor de transporte aéreo –, onde a estratificação estatal do valor tarifário, e até mesmo o mero direcionamento de sua valoração, impediriam a atuação da concessionária naquele contexto de mercado.

São mercados que a mera prestação adequada dos serviços e produtividade não são suficientes a sustentar economicamente a prestação dos serviços durante todo o decorrer do contrato, sendo necessário que se possibilite ao parceiro privado entrar no “jogo” comportamental que também se reflete nos valores cobrados pelo mesmo serviço ou por serviços similares.

Sobre essa questão e justificação quanto à migração estatal para um regime de liberdade tarifária, tratou de maneira bastante didática e elucidativa o doutrinador Jacintho Arruda Câmara¹⁵⁴:

“O objetivo, no caso, é conferir maior grau de competitividade entre os prestadores do serviço público. Sem interferência do poder concedente na fixação dos valores que serão cobrados, as prestadoras poderão livremente concorrer e, desde que haja

153 Essa sistemática de regulação foi utilizada, por exemplo, em 1998 na privatização do Sistema Telebrás, onde foi prevista uma estrutura de preços para os serviços de telefonia fixa.

154 CÂMARA, Jacintho Arruda. Regimes tarifários e instrumentos regulatórios de intervenção em preços. In PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luis Felipe Valerim (coord.). *Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 241-242.

competição efetiva, propiciar aos usuários maiores comodidades a valores mais baixos. O exemplo já citado do setor aéreo ilustra muito bem esse tipo de política. Enquanto havia controle tarifário por parte do poder concedente, a competição era incipiente. As prestadoras disputam o mercado com base na frequência de voos, qualidade de serviço, programas de fidelização ou publicidade. O valor cobrado dos usuários (as tarifas), como era prefixado, ficava confortavelmente fora da disputa pelo mercado entre as prestadoras. Com a liberdade tarifária adotada a partir do início dos anos 1990, as empresas passaram a disputar mercado, também com ofertas e promoções de tarifas. Não por acaso o segmento experimentou considerável mudança no seu perfil desde então, com o desaparecimento de algumas companhias tradicionais e o surgimento de novas, mais adaptadas à realidade de uma concorrência mais acirrada.”

Sobre o setor de transporte aéreo, exemplo citado pelo doutrinador, é certo que o histórico do programa de concessões de transporte aéreo pós instituição da liberdade tarifária deu conta de demonstrar a adequação do modelo em ambiente competitivo, sendo responsável por uma queda acentuada nos valores cobrados dos usuários pelas empresas aéreas, principalmente nos trechos internacionais provenientes de aeroportos brasileiros¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Foram essas as conclusões dos estudos conduzidos pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), noticiado pela Associação Brasileira de Empresas Aéreas (ABEAR): “As tarifas aéreas internacionais para voos com origem no Brasil, entre companhias aéreas nacionais e estrangeiras, registraram queda em valores nominais para todos os continentes na comparação de 2016 com 2011, informou ontem (15/08) a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). Segundo o levantamento, o destino com a maior redução foi a América do Norte (40,7%), seguida por Ásia (38,7%), África (37,2%), Europa (32%), América Central (28,3%) e América do Sul (19,5%).

“Esse estudo é importante porque reafirma os benefícios da desregulamentação das tarifas que, no caso do mercado internacional, ocorreu em 2008 para a América do Sul e gradativamente para os demais mercados a partir de 2009. O mercado doméstico, que teve a liberalização tarifária em 2002, registrou redução de quase 50% nos preços das passagens de 2002 até 2016”, afirma o consultor técnico da Associação Brasileira das Empresas Aéreas (ABEAR), Maurício Emboaba.

O primeiro estudo da ANAC sobre tarifas aéreas internacionais também mostra que a América do Sul teve 59,8% das passagens vendidas abaixo de US\$ 300 em 2016, sendo que em 2011 essa fatia era de 34%. Já para a América do Norte 53,6% dos bilhetes foram comercializados por menos de US\$ 600 no ano passado, ante 6,9% em 2011. Para a Europa, passagens abaixo de US\$ 750 responderam por 56,5%, diante dos 16,2% de seis anos atrás.

(...)

O conceito de liberdade tarifária – o direito de empresas competirem praticando livremente seus preços, e ajustando-os conforme a receptividade do mercado consumidor e de acordo com os níveis de oferta e demanda – passou a se disseminar no mercado de aviação a partir do final da década de 1970. Os EUA foram pioneiros nesse movimento, sendo seguidos por países europeus.

No Brasil, o governo continuou tabelando os preços dos bilhetes aéreos até meados da década de 1990. Depois disso, ainda sob a gestão do Departamento de Aviação Civil (DAC), o país passou por um período de transição e os preços passaram a ser fixados dentro de faixas de valores máximos e mínimos. Somente a partir da virada do século XXI o mercado doméstico finalmente viu a liberação dos preços, que foi estendida gradualmente para o mercado internacional, após o surgimento da ANAC. Em ambos os casos o resultado foi a redução dos valores médios reais ao longo do tempo.

Fundamental para esse efeito é o conceito de precificação dinâmica. É ele que permite a segmentação de mercado. Ou seja, ofertar os serviços de acordo com as necessidades e capacidade de consumo dos diferentes tipos de clientes (assim como existem carros populares e de luxo para os diferentes gostos e bolsos).” (Disponível em < <https://www.abear.com.br/imprensa/agencia-abear/noticias/apos-liberdade-tarifaria-precos-de-bilhetes-internacionais-a-partir-do-brasil-tem-reducao/>>. Acesso realizado em 23/09/2021.)

Não por outra razão, os benefícios da chamada “desregulação” do setor aéreo são constantemente reconhecidos pelos órgãos de controle, a exemplo do que se verifica na auditoria realizada pela Secretaria de Infraestrutura Rodoviária e Aeroportuária do Tribunal de Contas da União, no âmbito do Processo nº 004.992/2019-9, de relatoria do Ministro Vital do Rêgo, que analisou a atuação da ANAC e do antigo Ministério dos Transportes no que se refere à manutenção do nível de qualidade aos passageiros de voos regulares. Vejamos trecho transcrito no **Acórdão nº 220/2020-Plenário**, proferido em sessão realizada do dia 05/02/2020:

“O transporte aéreo regular de passageiros é realizado pelas empresas aéreas, sendo as principais a Latam, Gol, Azul e Avianca (que deixou de operar no 1º semestre de 2019 e estava em fase final de processo de recuperação judicial, quando da conclusão deste relatório), além de outras empresas regionais com pequena participação no mercado (como a Passaredo e a MAP). Elas operam em regime de livre concorrência, liberdade tarifária e liberdade de voo (ou rota). Isso significa que não existem barreiras regulatórias à entrada de novas companhias, as empresas podem definir livremente os preços das passagens aéreas e podem operar as rotas que bem entenderem, desde que haja disponibilidade de infraestrutura.

(...)

Até a década de 1980 existia forte controle governamental sobre os preços das passagens (que eram tabeladas) e mesmo sobre as rotas e frequências voadas. Para iniciar um novo voo, as empresas aéreas precisavam de autorização prévia do Ministério da Aeronáutica, que avaliava, entre outras coisas, se aquele mercado comportava a operação pretendida e se a entrada de uma nova empresa não provocaria uma “concorrência predatória” entre as companhias aéreas.

Como as tarifas eram definidas pelo órgão governamental responsável pelo setor, a competição entre as empresas, nas poucas rotas em que havia competição, se dava pela qualidade do serviço. A pequena camada da população que podia pagar pelo transporte aéreo acabava, assim, desfrutando de um nível de serviço superior, que era a contrapartida dos altos preços pagos para voar.

(...)

No Brasil, a desregulamentação do transporte aéreo demorou bem mais para se iniciar, apenas em 1989, e de forma bastante gradual. Aos poucos foi se flexibilizando os preços das passagens (por meio de bandas tarifárias, que permitiam variações para cima ou para baixo da tarifa de referência), além de acabar com as reservas de mercado das empresas regionais e com as restrições para operação de novas rotas por qualquer empresa. No entanto, foi apenas em 2001, por meio de portaria do então Ministério da Fazenda, que se estabeleceu o regime de liberdade tarifária, pondo-se fim às restrições das bandas tarifárias.

Em 2004, durante a crise da Varig, ainda houve uma tentativa, por parte do antigo Departamento de Aviação Civil do Comando da Aeronáutica, do que se chamou à época de “re-regulação” do setor, quando o DAC vetou uma das primeiras promoções lançadas pela Gol, naquele momento operando há poucos anos no mercado e trazendo para o país o conceito até então inédito de empresa de baixo custo, baixa tarifa (low cost, low fare).

Com a criação da Anac, por meio da Lei 11.182/2005, os conceitos de liberdade de voo e de liberdade tarifária ganharam, pela primeira vez, estatuto legal (nos arts.

48, §1º, e 49, respectivamente), o que veio a dar maior institucionalidade para esses institutos. Ainda assim, a liberdade tarifária no mercado internacional ainda demorou alguns anos para ser implementada completamente (em 2009), uma vez que as empresas nacionais (e mesmo segmentos da indústria do turismo) temiam a concorrência de empresas estrangeiras de maior capacidade financeira.

Os benefícios da liberalização do mercado são reconhecidos de forma praticamente unânime pelos principais atores do setor, tanto na esfera pública como na privada. O principal indicador dessas melhorias foi o expressivo aumento no número de passageiros ocorrido a partir de 2001, da ordem de 200% desde o início dos anos 2000, enquanto o preço médio das passagens caiu vertiginosamente no mesmo período, conforme mostram os Gráficos 1 e 2. Trata-se de crescimento da demanda (e queda de tarifa) muito mais acentuado (s) do que o ritmo ocorrido no período precedente”.

Situação similar à do setor aéreo é verificada, também, em setores como telefonia fixa¹⁵⁶ e no setor portuário, onde se vislumbra a operação em regime de competição. Sobre esse último exemplo, é notório, também, o reconhecimento da adequação do modelo de liberdade tarifária pelos órgãos de controle.

Indicativo dessa propensão se reflete no relatório de análise técnica elaborado pela Secretaria de Recursos – SERUR do TCU, no âmbito do **Processo nº 029.083/2013-3**, relativo ao acompanhamento do 1º estágio das concessões de áreas e instalações localizadas nos portos de Santos, Belém, Santarém, Vila do Conde e nos Terminais de Outeiro e Miramar. O relatório em questão ponderou a manutenção a total liberdade tarifária frente a um possível regime de flexibilidade – por tarifa-teto –, sendo

¹⁵⁶ No setor de telefonia fixa a liberdade tarifária decorre da própria legislação. Nesse sentido, o artigo 104 da Lei nº 9.472/1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicação, é expresso ao possibilitar, após 3 (três) anos da celebração do contrato, a instituição do regime de liberdade tarifária se verificado um cenário competitivo. Referida liberdade, contudo, permanece condicionada à fiscalização da ANATEL e possível retomada em casos de abusos pelo prestador. Vejamos:

“Art. 104. Transcorridos ao menos três anos da celebração do contrato, a Agência poderá, se existir ampla e efetiva competição entre as prestadoras do serviço, submeter a concessionária ao regime de liberdade tarifária.

§ 1º No regime a que se refere o caput, a concessionária poderá determinar suas próprias tarifas, devendo comunicá-las à Agência com antecedência de sete dias de sua vigência.

§ 2º Ocorrendo aumento arbitrário dos lucros ou práticas prejudiciais à competição, a Agência restabelecerá o regime tarifário anterior, sem prejuízo das sanções cabíveis.

Art. 105. Quando da implantação de novas prestações, utilidades ou comodidades relativas ao objeto da concessão, suas tarifas serão previamente levadas à Agência, para aprovação, com os estudos correspondentes.

Parágrafo único. Considerados os interesses dos usuários, a Agência poderá decidir por fixar as tarifas ou por submetê-las ao regime de liberdade tarifária, sendo vedada qualquer cobrança antes da referida aprovação.”

reforçado que a intervenção estatal, ainda que em menor proporção, deveria se dar apenas em portos cuja plena competição não seja realmente possível¹⁵⁷. Vejamos:

“63. O Estado regulador busca estimular a concorrência efetiva: quando esta não for possível, ou for insuficiente, é que se procura promover a simulação de efeitos equivalentes aos de uma situação de concorrência, a fim de afastar a concentração nociva de poder econômico, repartir os ganhos produzidos com o consumidor e vedar que o processo de interações econômicas [NESTER, A. W. A inserção do regime concorrencial nos serviços públicos. In: ARAGÃO, A. S. de; MARQUES NETO, F. de A. (coord.) Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 451].

*64. Observe-se porém que, embora seja verdade que o art. 6º da Lei 12.815/2013 e o Decreto 8.033/2013 concedam autonomia ao Poder Concedente para definir, em cada procedimento licitatório, quais os mecanismos que seriam utilizados para atingir os objetivos elencados no art. 3º da Lei 12.815/2013, **a possibilidade de o ente regulador empregar uma variedade de critérios para selecionar o concessionário não é o argumento para definir a necessidade de se estabelecer ou não um teto tarifário para as atividades portuárias, consideradas como serviço público concedido.***

*65. Mesmo na Lei 8.987/1995, em seu art. 15, incisos I a VII (com redação dada pela Lei 9.648/1998), ao contrário do que dá a entender a argumentação da recorrente, já se admitiam diversos critérios para se selecionar o licitante vencedor, a quem seria outorgada a prestação do serviço público. Assim, não é pelo fato de a licitação poder selecionar a maior oferta de valor de outorga, ou a melhor técnica, ou a menor tarifa, ou a maior movimentação de carga, que a tarifa deverá ou não ser definida pelo regulador. **A alteração no critério licitatório, por oposto, é que surge em virtude da necessidade de, em alguns casos, haver controle tarifário.***

66. De todo modo, nos termos do art. 5º, inciso IV, da Lei 12.815/2013, as tarifas deverão constar não apenas dos contratos de concessão (da gestão de porto organizado como um todo), mas também dos contratos de arrendamento portuário, celebrados com os operadores (acompanhados dos critérios de revisão e

¹⁵⁷ O Relatório em questão fundamentou o Acórdão nº 1077/2015-TCU-Plenário, proferido em sessão realizada no dia 02/07/2014, onde se determinou que as fossem acompanhadas de estudo acerca da escolha da política tarifária. Vejamos trecho:

“9.1.3. alterar os subitens 9.1.13, 9.1.14, 9.1.15 e 9.1.17 da deliberação recorrida, para que passem a vigorar com a seguinte redação:

“(…”

9.1.13. justificação dos preços e tarifas utilizados nos estudos de viabilidade e fundamentação, de maneira consistente, da metodologia de coleta dos preços e tarifas utilizados na alimentação dos fluxos de caixa;

9.1.14. fundamentação da política tarifária a ser aplicada em todos os estudos de viabilidade das concessões de arrendamentos portuários, envolvendo uma análise regulatória, econômica, concorrencial e de custo-benefício, que permita avaliar a necessidade, a adequação e a proporcionalidade do estabelecimento de tarifas reguladas ou do regime de preços (liberdade tarifária);

9.1.15. revisão da modelagem empregada no terminal STS13, de forma que os preços ou tarifas reguladas estabelecidos sejam devidamente fundamentados, a fim de refletir a variedade de cargas movimentadas no terminal;

“(…”

9.1.17. inclusão, nos contratos de arrendamentos portuários submetidos à regulação tarifária, de cláusula de revisão tarifária periódica, observando a metodologia a ser definida pela Antaq, de forma a manter a modicidade tarifária e o equilíbrio do contrato;”

de reajuste). A interpretação extensiva seria que, para a concessão de todas as atividades portuárias de movimentação e armazenagem, ainda que sob o nome de arrendamento, necessário se faria a fixação de tarifas teto.

67. Entretanto, o fato de o art. 5º, inciso IV, da Lei 12.815/2013, estabelecer que tarifas são cláusulas essenciais dos contratos de arrendamento, não significa necessariamente que todos os serviços prestados por arrendamento devem ser remunerados por tarifas, mas sim que quando o arrendatário for remunerado por tarifas (i.e, preços publicamente fixados), haverá a necessidade de sua previsão editalícia e contratual. **O inciso, dessa forma, não seria aplicável às situações em que a concorrência se mostrar possível, nas quais o arrendatário será remunerado por preços livres, que permanece como a regra geral estabelecida para o setor.**

68. Saliente-se que, nas principais questões submetidas à regulação estatal, as políticas são formuladas mediante a edição de normas gerais, relativamente ambíguas, com cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, que não preveem totalmente a atuação dos agentes públicos reguladores. Assim, a legislação ordinária traz apenas linhas mestras da política econômica e social, fazendo com que se abra uma liberdade ao administrador público na hora de concretizar os comandos nela contidos, dependendo dos dados empíricos, da circunstância fática e dos impactos multilaterais decorrentes de sua execução [GUERRA, S. Discricionariedade, Regulação e Reflexividade: uma nova teoria sobre escolhas administrativas. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P. 362].

69. Assim, assiste razão à recorrente quando afirma que a Lei 12.815/2013 introduziu alteração no funcionamento do setor: a possibilidade de tarifação dos valores cobrados pelos terminais nas operações de carga, em substituição ao regime de preços livres até então vigente. Como a recorrente assevera, **a tarifação terá que ser introduzida nos arrendamentos quando houver diagnóstico de que, em alguns portos específicos, para determinados tipos de cargas, as condições concorrenciais vigentes poderiam não ser suficientes para garantir a prática de preços módicos para os usuários.** Seria necessário, apenas nestes casos, introduzir tetos tarifários.”

Em que pese os setores acima mencionados possam não apresentar, numa primeira impressão, similitude objetiva com os serviços lotéricos objeto do presente estudo, as peculiaridades e justificações acima transcrita quanto à escolha dos moldes tarifários evidenciam um ponto de encontro e correlação direta: ambos os serviços constituírem **serviços públicos, cuja operação se dará mediante a manutenção de um cenário competitivo.**

Isso porque, os serviços lotéricos em questão, **operados ou não em regime de exclusividade** – considerando o Cenário A e Cenário B tratados em todo o decorrer do presente relatório – permanecerão em constante concomitância com serviços que podem parecer semelhantes aos usuários em geral, dado seu caráter comum de “premiação”, para além daqueles que são diretamente concorrentes, como os serviços lotéricos explorados atualmente pela União.

Trata-se, nos conceitos próprios do Direito Concorrencial, de ambiente de competição ocorrido em **mercado relevante definido pelo aspecto material**¹⁵⁸, que considera, para sua delimitação, a **fungibilidade de produtos/serviços**, ou seja, se o aumento de preço de um deles conduz ao aumento da procura por outros – dinâmica definida como “elasticidade cruzada”.

Ou seja, não é necessário que existam produtos da mesma natureza disponíveis – como nos serviços públicos acima citados – bastando, para um cenário de competição que demanda uma maior liberdade tarifária, apenas que existam produtos cambiáveis no mesmo mercado relevante, para o qual o consumidor poderá migrar.

Exemplos de serviços que pertencem ao mesmo mercado relevante que os serviços lotéricos são os **títulos de capitalização**, como “**Tele Sena**”, “**Ourocap**”, “**SuperXCap**”, “**Pic Itaú**” e “**LottoCap**”, e até mesmo jogos não regulamentados – porém de prática clandestina bastante conhecida e relevante -, como é o caso do “**Jogo do Bicho**”.

Sobre esse último exemplo, vale destacar que a liberdade tarifária outorgada a serviços regulamentados e que compitam com jogos clandestinos, pode, inclusive, assumir um viés de política pública no auxílio à repressão e neutralização dessa prática (ainda que hoje se discuta no Congresso Nacional tentativas de legalização dos jogos de azar).

Para além dessa questão, ainda é importante ter em mente que os serviços lotéricos estão um passo ainda mais adiante no que diz respeito à conveniência proveniente de um regime de liberdade tarifária: o fato de, além de coexistirem segmentos que manterão o regime competitivo e a necessidade de constante adequação, ao contrário dos exemplos até aqui citados, **não constituírem serviços essenciais**.

Em um contexto como esse, tal como já adiantado, a imposição de uma regulação incisiva não se mostra justificada, na medida em que afastada a necessidade de controlar, ainda que minimamente e mediante a aplicação de uma possível flexibilidade mais branda, os preços cobrados dos usuários para que direitos constitucionais sejam preservados.

¹⁵⁸ Ou, nos conceitos da *Federal Trade Commission (FTC)*, órgão antitruste norte-americano, o que se chama de “**mercado relevante de produto**” que compreende “*todos aqueles produtos e/ou serviços que são considerados como intercambiáveis ou substituíveis pelo consumidor, por causa das suas características, de seus preços e de seus possíveis usos*”.

A presença desse binômio – competitividade e ausência de essencialidade do serviço público – aproximaria, na verdade, o modelo ora estudado ao que já é observado de forma bastante abrangente nos serviços públicos vinculados ao lazer.

Neles, assim como nos serviços lotéricos, existe um nicho amplo de serviços e produtos intercambiáveis no mesmo mercado relevante, o que justifica a necessidade de manutenção de liberdade tarifária apta a garantir sua viabilidade econômico-financeira.

Utilizando-se como paradigmas objetivos, é possível citar os projetos de **concessão de parques promovidos pelo Governo do Estado de São Paulo** – a exemplo dos projetos de delegação da exploração dos **Parques Estaduais Cantareira e Alberto Löfgren**, além dos **Parques Urbanos da Água Branca, Villa-Lobos e Cândido Portinari** –, além, ainda, da concessão, já formalizada, do **Zoológico e Jardim Botânico de São Paulo**.

Tal como os serviços lotéricos, que concorrem diretamente com outras modalidades de jogos e sorteios, os parques públicos competem diretamente, não só com outros parques, como também com as mais diversificadas opções de lazer e entretenimento – por vezes até mesmo gratuitas – como cinema, teatros, shoppings, clubes, praças etc.

Em razão desse fato, opção diversa não seria possível para fins de materialização de sua outorga, se não conferir a liberdade tarifária necessária para que as concessionárias consigam trabalhar na manutenção de sua demanda, frente a segmentos concorrentes.

Com base nesta análise, é possível concluir que **os serviços lotéricos trazem as mesmas características que norteiam a aplicação da liberdade tarifária em outros serviços públicos**, como os citados serviços de telefonia fixa, aviação civil e portuário, cuja desregulação tarifária encontra ampla aderência e ratificação pelos órgãos de controle.

Possuem, na realidade, um elemento justificador adicional, consistente na ausência de caracterização da essencialidade, o que torna ainda mais seguro afirmar que a liberdade tarifária seria o caminho mais adequado a esses serviços – como foi feito, nas mesmas condições, nas concessões de parques conduzidas pelo Governo do Estado de São Paulo.

6.3. Regime jurídico contratual e reversibilidade de bens

A reversão dos bens, após o término do contrato de concessão, ao Poder Concedente ou à nova concessionária visa assegurar a continuidade da prestação do serviço, assim como a modicidade tarifária, uma vez que se evita que investimentos já realizados sejam novamente feitos ao início da concessão sucessiva.

Segundo a Lei nº 8.987/1995, o edital conterá a indicação desses bens (art. 18, inc. X), sendo também temática dentre as cláusulas essenciais dos contratos de concessão (art. 23, inc. X).

Desta forma, tem-se que os bens adquiridos ou implantados pela concessionária no curso do contrato deverão, ao final, ser integrados ao patrimônio do Poder Concedente ou do novo prestador do serviço. Evidentemente, para que não haja prejuízos à concessionária, os investimentos realizados na constituição dos bens reversíveis, assim como os investimentos necessários para lhe garantir uma vida útil adicional, devem ser amortizados no curso da própria concessão, ou, caso contrário, gerarão direito à indenização.¹⁵⁹

Daí é que a reversão dos bens ao final da concessão não só garante a continuidade da prestação dos serviços, mas também serve de garantia para a concessionária de que terá retorno de seus investimentos. É o que nos ensinam os Professores Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, em texto dedicado ao tema¹⁶⁰:

“Além de configurar prerrogativa estatal para preservar a continuidade dos serviços públicos, a reversão, nesses contratos tradicionais de concessão, também funciona como garantia econômica das concessionárias. Isto porque, ao se prever a reversão de certos bens, também se assegura que o valor neles investidos será amortizado: ou com a regular exploração do serviço no prazo contratual (e com a percepção de tarifas em valor suficiente), ou, se insuficiente, com indenização pelo concedente. A concessionária tem garantido, de uma forma ou de outra, o retorno do investimento em bens reversíveis.”

¹⁵⁹ Cf. Lei Federal nº 8.987/1995: “Art. 36. A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.”. Da mesma forma o § 3º, do art. 20 da Lei Estadual nº 7.835/1992: “Artigo 20 – (...) § 3.º - A reversão, ao término do prazo contratual, será feita sem indenização, salvo quando ocorrer a hipótese de implementação do capital ainda não amortizado, deduzida a depreciação dos bens, proveniente de seu desgaste ou de sua obsolescência.”.

¹⁶⁰ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Bens reversíveis nas concessões públicas: a inviabilidade de uma teoria geral. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, vol. 61, n. 2, maio/ago. 2016, p. 149-174.

Contudo, há o risco de determinadas modelagens de concessões terminarem por gerar um grande passivo ao Estado, uma vez que, a depender do contexto, as receitas da concessão não conseguirão cobrir os investimentos realizados, que deverão, então, ser indenizados pelo Poder Concedente.

Por essa razão, a doutrina e a prática dos projetos de concessão, com aval dos Tribunais de Contas,¹⁶¹ têm afastado a ideia de uma teoria única e geral dos contratos de concessão, sempre com previsibilidade de reversão de bens.

Em muitos casos, os bens adquiridos ao longo da concessão sofrem grande depreciação ou mesmo se tornam obsoletos, de modo que, ao final do contrato, terão pouca ou nenhuma utilidade para a prestação do serviço, servindo, tão somente, como passivo a ser amortizado ou indenizado.

Rafael Vêras, em recente artigo,¹⁶² cita exemplos de setores em que a reversão de bens não se mostra vantajosa:

*“Não é por outra razão que, em razão das projeções econômicas da exploração de determinado ativo (consubstanciado no EVTEA), **algumas concessões não serão modeladas com a presença de bens reversíveis**. No âmbito da concessão de **transporte aéreo de passageiros**, por exemplo, de que trata a Lei nº 11.182/2005 (Lei de criação da ANAC) e a Lei nº 7.656/1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica – CBA), malgrado a importância das aeronaves, elas não integram o acervo de bens reversíveis. Do mesmo modo, no âmbito de uma concessão de **transporte urbano de passageiros ou de uma concessão de ferrovias**, os ônibus e o material rodante, respectivamente, poderão não integrar, necessariamente, o acervo de bens reversíveis, seja porque tais bens, ao final dos contratos, terão uma depreciação tão elevada que a sua inclusão na estrutura econômica contratual não se justificaria, seja por que tal patrimônio poderá se tornar obsoleto, em razão do advento de*

¹⁶¹ “Todo esse racional restou bem endereçado, pelo Acórdão nº2711/2020 – TCU, da Relatoria do Ministro Bruno Dantas, que teve por objeto a realização de auditoria operacional a propósito da assimetria regulatória entre os arrendamentos portuários e os Terminais Privados (TUPs), de acordo com os modelos aplicados a portos internacionais de referência (benchmarking). Nos termos do voto condutor, restou assentado que ‘a reversão de bens presente nos contratos de arrendamento mostra-se especialmente danosa ao erário. Primeiro, porque obriga a autoridade portuária, ao final do contrato, a incorporar bens obsoletos ou sem nenhuma utilidade. Segundo, porque mesmo que seja atribuído ao futuro arrendatário o ônus de desmobilizar e dar a correta destinação a tais equipamentos, o custo disso será repassado ao poder público, pois será incorporado no fluxo de caixa que embasará a licitação’. Diante do que a Lei nº14.047/2020 incluiu o art. 5º C à Lei nº12.815/2013 (Marco Regulatório do Setor Portuário), justamente com o desiderato de excluir a obrigatoriedade da cláusula de bens reversíveis nos arrendamentos portuários.” (FREITAS, Rafael Vêras de. *Todas as concessões têm bens reversíveis?* Disponível em: <<https://www.editoraforum.com.br/noticias/todas-as-concessoes-tem-bens-reversiveis-coluna-direito-da-infraestrutura/>>. Acesso em 31.08.2021).

¹⁶² FREITAS, op. cit.

*novas tecnologias. No **setor de telecomunicações**, que é severamente impactado pelo advento de novas tecnologias, o tema restou bem endereçado, pelo art. 93, XI, da Lei nº 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações), consoante o qual o contrato de Contrato de Concessão para o Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC indicará ‘os bens reversíveis, **se houver**’.”*

É dizer, **muitas vezes se revela inviável**, do ponto de vista econômico-financeiro, a **reversibilidade dos bens adquiridos pela concessionária**. Por esta razão surgem as opções **(i)** de se prever um rol aberto (o que foi denominado como **reversão aberta ou funcional**) de bens reversíveis, revertendo-se, ao final do Contrato, somente aqueles que se mostrarem efetivamente indispensáveis à prestação dos serviços; ou mesmo **(ii)** de o contrato **não prever qualquer bem reversível**.

Especificamente no caso da exploração dos serviços lotéricos, nos parece mais viável a segunda opção, isto é, a ausência de qualquer reversão de bens ao final do contrato de concessão. E nos parece que o art. 8º, inciso XI da Lei Estadual nº 7.835/1992 tal proposta, na medida em que elenca, como cláusula essencial, “hipóteses em que será cabível a reversão dos bens aplicados no serviço”.

Ou seja, poderá haver concessão comum, ainda que tais hipóteses não se verifiquem.

Isto porque a prestação dos serviços lotéricos compreende, em essência, a comercialização de bilhetes de apostas, físicos e eletrônicos, das diferentes modalidades de jogos oferecidos.

Conquanto tenha uma grande dependência de plataformas de gestão tecnológica e dos respectivos equipamentos para sua exploração, quaisquer bens relacionados à prestação do serviço são de caráter meramente instrumental e de pouca relevância em termos de inversão financeira.

Além disso, resta também evidenciado o risco de defasagem tecnológica quando do advento do termo final da concessão, o que já foi pontuado acima pela doutrina como fundamento para se dispensar a exigência de bens reversíveis na concessão.

Em síntese, os bens empregados – ao que consta do Produto Final III – Plano Operacional – não constituem o núcleo da prestação do serviço e são facilmente substituíveis. Eventual previsão de reversão desses bens teria como consequência o aumento do valor das apostas, onerando a população paulista e podendo gerar efeitos negativos na própria arrecadação – que é destinada ao custeio de ações voltadas à assistência social e à redução da vulnerabilidade social no Estado de São Paulo, nos termos do artigo 15 da Lei Estadual nº 17.386/2021.

Não ao acaso que o Contrato de Concessão da LOTEX, realizada pela União, dispôs, em sua cláusula 5, que não há bens reversíveis e/ou vinculados à Concessão, cabendo à Concessionária “adquirir/gerir/alienar livremente os ativos que entender necessários à execução do respectivo escopo”.

Ante o exposto, verifica-se que algumas modelagens de projetos de concessão têm afastado a ideia de regime único quanto à obrigatoriedade de reversão de bens. A análise deve ser feita de acordo com o caso concreto e com as particularidades de cada setor, de modo a se preservar, ao final do contrato, a prestação do serviço de modo contínuo.

O serviço lotérico, por sua vez, não demanda volumosos investimentos em bens e estes bens não se revelam indispensáveis à continuidade da prestação dos serviços quando findado o prazo da concessão, eis que facilmente substituíveis ou pela alta probabilidade de se tornarem obsoletos. Assim, se mostra viável caminhar para um modelo contratual que não inclua bens reversíveis no futuro contrato de concessão.

6.4. Identificação e análise de aspectos tributários atrelados ao Projeto

Sobre os aspectos tributários atrelados ao Projeto, identificamos que sobre as operações lotéricas incide o Imposto de Renda de Pessoa Física (IRPF), o Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza (ISS), além dos tributos recolhidos normalmente pelas empresas como IRPJ, CSLL, PIS e COFINS. Com o intuito de focar estritamente aos impostos relevantes para as operações lotéricas, a seguir analisaremos o IRPF e ISS.

No que tange ao Imposto de Renda de Pessoa Física (IRPF), a sua base de cálculo é o valor da premiação, seja ela em dinheiro ou em bens.

O fato gerador é o pagamento de prêmios e o seu recolhimento será retido diretamente na fonte, conforme art. 14, Lei n. 4.506/64, que prevê que ficam sujeitos ao imposto de 30%, mediante desconto na fonte pagadora, os lucros decorrentes de prêmios em dinheiro obtidos em loterias. No mais, a alíquota dos prêmios pagos em bens ou serviços é de 20%, nos termos do art. 63 Lei n. 8.981/1995.

Contudo, é necessário complementar que, na forma do art. 56 da Lei 11.1941/2009, o imposto de renda incide apenas sobre o valor do prêmio em dinheiro que exceder ao valor da primeira faixa da tabela de incidência mensal do Imposto de Renda da Pessoa Física.

Atualmente, a primeira faixa da tabela do imposto de renda totaliza a quantia de R\$ 1.903,98. Portanto, aos prêmios maiores que o R\$ 1.903,98, incidirá o imposto de renda de pessoa física na alíquota de 30%, apenas ao que exceder ao referido valor.

Por sua vez, a incidência do Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza (ISS) nas atividades envolvendo sorteios e apostas é pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme julgamento do RE nº 79.709), e está prevista no item 19 da Lei Complementar nº 116/2003 e tem como fato gerador o ato de distribuir e vender os bilhetes lotéricos.

O imposto tem como base de cálculo o valor efetivo do serviço, isto é, a quantia que é efetivamente recebida como remuneração desenvolvida, conforme Lei Complementar 116/2003 quando se refere a serviços relacionados à logística e pontos de venda.

A sua alíquota pode variar entre 2-5%, de acordo com a cada legislação específica do município.

Quanto aos pontos de venda, poderão ser operados tanto por pessoas jurídicas quanto por pessoas físicas. Na primeira opção, estará sujeita à tributação vigente e poderá optar pelo Simples Nacional, que é um regime compartilhado de arrecadação, cobrança e fiscalização de tributos aplicável às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, caso se enquadre nas condições previstas.

Para a opção de operação como Pessoa Física, recairá a tributação pelo regime do Imposto de Renda de Pessoa Física em alíquotas progressivas.

Assim, é de responsabilidade da fonte pagadora realizar o recolhimento do imposto na fonte e expedir o respectivo comprovante para a declaração de ajuste anual. Além disso, incidirá o ISSQN, visto que a lei determina que o contribuinte é quem presta o serviço, na forma do art. 5º da Lei Complementar n. 116/2003.

6.5. Avaliação de viabilidade de exigir dos Operadores as certificações necessárias como requisito de qualificação técnica

Este Relatório se destina ao desenvolvimento de estudos jurídicos para implantação e operação dos serviços lotéricos no Estado de São Paulo, explorando cenários distintos com a previsão de exploração dos serviços lotéricos em caráter de exclusividade ou não.

Em ambos os Cenários propostos, destaca-se a necessidade de promover certame licitatório para a contratação do futuro operador responsável pela exploração dos serviços lotéricos em regime de concessão comum. Apenas no Cenário B, como já antecipado, é que se cogita da exploração das apostas esportivas de quota fixa em regime concorrencial, mediante autorização, sendo dispensável, unicamente a essa modalidade, a realização de licitação para escolha dos interessados.

Diante disso, o presente capítulo se dispõe a analisar, diante dos cenários em que a licitação se mostra necessária, as exigências atreladas a qualificação técnica dos operadores mediante certificação, de modo a promover a contratação de parceiro privado capaz de se responsabilizar pela exploração do serviço público lotérico em concordância com as melhores práticas mercadológicas.

Antes de avaliar a viabilidade jurídica de tal exigência, convém certa regressão, na medida em que a Constituição exige que o processo licitatório assegure a igualdade de condições a todos os concorrentes, *“o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”* (art. 37, inciso XXI).

Tendo em mente que em ambos os Cenários defendidos no presente Relatório existe a necessidade de promover certame licitatório, é válido ressaltar, em mero caráter introdutório, que a licitação em voga deve promover a busca pela proposta mais adequada à prestação dos serviços, capaz de maximizar as diretrizes regulatórias outrora já destacadas: (i) maximização da arrecadação ao Estado; e (ii) integridade dos operadores e dos jogos.

Pressupõe-se, diante de uma leitura despretensiosa, que o princípio da competitividade aplicável ao procedimento licitatório decorra, portanto, da participação de tantos licitantes quanto aqueles que se mostrem interessados.

A prevalência da competitividade, inclusive, restou consagrada no art. 3º, § 1º, da Lei Estadual nº 6.544/1989:

Artigo 3º - A licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os

princípios básicos da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, do interesse público e dos que lhe são correlatos.

§ 1º - É vedado incluir, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que:

1. comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do procedimento licitatório;

(...)

Ocorre, entretanto, que o item 1 do artigo supra transcrito deve ser interpretado em cumulação com seu caput, que especifica o propósito da licitação, que ao fim se destina à seleção de proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Nesse sentido, impende ressaltar que a proposta mais vantajosa à Administração não necessariamente se restringe a escolha da proposta com menos custo ao Estado, ou mesmo aquela que lhe permita o maior compartilhamento de receitas, mas sim aquela proposta que lhe proporcione, adicionalmente a esses fatores, a garantia de integridade do jogo e operador.

Como visto, a integridade é fator relevante para a exploração dos serviços, pois uma vez afetada a confiança dos apostadores, toda modelagem cai por terra.

A maior arrecadação, por sua vez, justifica-se por tratar-se de um serviço público a ser prestado em prol da coletividade, fato aplicável aos serviços lotéricos que terá seu resultado líquido no custeio de ações voltadas à assistência social e à redução da vulnerabilidade social no Estado¹⁶³.

Não há de se admitir, desta forma, que o princípio da competitividade se sobreponha ao interesse público. E é por essa razão, inclusive, que a Constituição Federal permite, de forma expressa, “exigências de qualificação técnica e econômica **indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações**” contratuais em processos de licitação.

Assim, prezando pelo cumprimento do interesse público, que no caso em tela se materializa pela escolha de licitante apto à execução do serviço público a ser concedido em sua integralidade e que, ao mesmo tempo possua a proposta financeira mais vantajosa à Administração Pública, nos termos do art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, é possível a formulação de exigências técnicas e econômicas que possibilitem a adequada seleção de licitantes no momento de sua habilitação no certame

¹⁶³ Lei Estadual nº 17.386/2021: “Artigo 15 - Fica o Poder Executivo autorizado a instituir e explorar, na forma do artigo 175 da Constituição da República, a Loteria Estadual de São Paulo, devendo utilizar o resultado líquido obtido no custeio de ações voltadas à assistência social e à redução da vulnerabilidade social no Estado.”

licitatório, medida que será melhor explorada na sequência, sem que haja a caracterização de qualquer afronta ao princípio da competitividade.

Esse também é o entendimento de Carlos Ari Sundfeld¹⁶⁴:

“É importante ressaltar que a parte final do inciso XXI expressamente previu que o processo licitatório deve servir para verificação das qualificações técnica e econômica do licitante. Trata-se de mandamento que tem, obviamente, sua razão de ser. Sua finalidade consiste exatamente em propiciar à Administração Pública os necessários instrumentos para acautelar-se quanto à boa e suficiente qualificação dos sujeitos com os quais irá contratar. E a cautela, nesse sentido, é perfeitamente legítima, posto que aos sujeitos contratados será confiada a realização de escopo de interesse público, sendo-lhes vertida, muito provavelmente, alguma monta de recursos públicos. Ora, se há interesse público envolvido na operação, atrelado ao dispêndio de recursos públicos, convém não colocá-la sob risco. Definitivamente, em matéria de contratações públicas, a Administração não pode ser incauta.”

E Floriano de Azevedo Marques Neto¹⁶⁵ assim arremata:

“Ou seja, qualquer exigência impõe o afastamento de alguns interessados, sendo em alguma medida restritiva. Isso não a torna de per si ilícita. Porém, a exigência torna-se ilícita se não se justificar à luz do objeto licitado, se não se demonstrar necessária (for ociosa) e suficiente (não for bastante) para garantir que o futuro contratado reúne condições de bem executar o objeto do contrato.”

O mesmo entendimento restou consagrado, ainda, no Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.257.886/PE:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. EDITAL. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. PROVA DE EXPERIÊNCIA PRÉVIA NO DESEMPENHO DE ATIVIDADES SIMILARES OU CONGÊNERES AO OBJETO LICITADO.

(...)

4. Não fere a igualdade entre os licitantes, **nem tampouco a ampla competitividade** entre eles, o condicionamento editalício referente à experiência prévia dos concorrentes no âmbito do objeto licitado, a pretexto de **demonstração de qualificação técnica**, nos termos do art. 30, inc. II, da Lei n. 8.666/93.

¹⁶⁴ SUNDFELD, Carlos Ari, CÂMARA, Jacintho Arruda, SOUZA, Rodrigo Pagani de. Os Atestados Técnicos na Licitação e o Problema da Cisão de Empresas. In **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**. Ano 2, n. 4, jan./fev. 2004. Belo Horizonte: Fórum, 2004, pp. 4-57.

¹⁶⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites conceituais às exigências de capacitação técnico-operacional em licitações. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, p. 59-86, abr./jun. 2006. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/660/100>>. Acesso realizado em: 27/09/2021.

5. Os princípios da igualdade entre os concorrentes e da ampla competitividade não são absolutos, devendo ser ponderados com outros princípios próprios do campo das licitações, entre eles o da garantia da seleção da melhor proposta e o da segurança do serviço/produto licitado.

(...)

(REsp 1257886/PE, Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Relator Mauro Campbell Marques, julgado em 03/11/2011)

Resta cristalino que eventuais exigências de qualificação técnica e/ou econômicas apenas visam garantir ao Estado a seleção do melhor licitante para prestação do serviço público a ser concedido, não havendo, portanto, qualquer afronta aos princípios basilares da Administração Pública.

Não obstante a possibilidade de formulação de exigências técnicas – medida necessária para a adequada prestação dos serviços lotéricos – o temos que avaliar quais são suas limitações, o que será objeto no subtópico seguinte.

6.5.1. Exigências de qualificação técnica

A mesma ressalva contida na Constituição – permissão de formulação de exigências de qualificação técnica – se repete na Lei Federal nº 8.666/1993.¹⁶⁶

Já tendo restado superada a discussão sobre eventual afronta ao princípio da competitividade em razão da estipulação de requisitos de qualificação técnica para habilitação dos interessados a participar da licitação, cumpre-nos abordar sobre as estipulações relacionadas à qualificação técnica dos licitantes para fins de se habilitarem a participar do certame licitatório.

Fato é que as exigências de requisitos de qualificação eventualmente impostas para habilitação em certame licitatório são admitidas, porém devem ser **devidamente justificadas**, de forma que restem demonstrada sua relevância para a efetiva execução do contrato. Essa é, inclusive, a ressalva exposta no art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, quando estipula que tais requisitos devem se restringir àqueles **indispensáveis ao cumprimento das obrigações**.

¹⁶⁶ Em que pese o veto presidencial ao art. 30, §1º, inciso II do Projeto de Lei que viria a ser promulgado como Lei Federal nº 8.666/1993, onde era feita expressa menção ao termo “capacitação técnico-operacional”, o veto não logrou êxito em extirpar a possibilidade de exigência de requisitos técnico-operacionais para habilitação dos licitantes. A capacitação técnico-operacional pode ser admitida, conforme interpretação atrelada ao artigo 27, inciso II cumulado com o artigo 30, ambos da Lei Federal nº 8.666/1993.

Não pode, assim, a Administração Pública efetuar apontamentos de requisitos para qualificação técnica dos licitantes ao seu bel prazer, sem que haja justificativa para tanto, pois afrontaria a Constituição Federal. Tendo isso em mente, é importante passarmos também à análise da legislação estadual que regulará o certame licitatório a ser empreendido para concessão dos serviços lotéricos no âmbito do Estado de São Paulo.

Conforme disposto no artigo 27, inciso II e § 2º da Lei Estadual nº 6.544/1989, é possível a formulação de exigências de documentação que comprove a capacidade técnica do licitante como condição *sine qua non* para habilitação dos interessados em participar do certame licitatório. Vejamos:

Artigo 27 - Para a habilitação nas licitações, exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - personalidade jurídica;

II - capacidade técnica;

(...)

§ 2º - A documentação relativa à capacidade técnica, conforme o caso, consistirá em:

- 1. registro ou inscrição na entidade profissional competente;*
- 2. atestados de desempenho anterior de atividade pertinente e compatível, em quantidades e prazos, com o objeto da licitação, fornecidos por pessoas de direito público ou privado, indicando local, natureza, volume, quantidade, prazo e outros dados característicos da obra, serviço ou fornecimento;*
- 3. indicação das instalações e do aparelhamento técnico adequado e disponível para a realização do objeto da licitação;*
- 4. relação da equipe técnica e administrativa da empresa, acompanhada do respectivo currículo;*
- 5. prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.*

O § 2º do artigo transcrito acima especifica o rol de documentos que poderão ser exigidos dos licitantes para sua habilitação no certame licitatório, não restando dúvidas, assim, sobre a possibilidade de exigência de documentos que comprovem a capacidade técnica dos licitantes.

A importância destas exigências, conforme demonstrado previamente, decorre do interesse público em obter a mais segura e vantajosa proposta para prestação dos serviços públicos. Muito embora seja facilmente constatada a proposta mais vantajosa do ponto de vista econômico-financeiro, a escolha da proposta mais segura à Administração Pública gera maiores incertezas.

E nos serviços lotéricos, a integridade do operador e dos jogos que por ele serão desenvolvidos consiste em uma das diretrizes regulatórias que dão o contorno do serviço adequado, podendo, no

limite, até mesmo frustrar a concepção do Projeto.¹⁶⁷ Sem essa garantia – de que os jogos e seus resultados não serão manipulados pelo operador – não há atratividade para o desenvolvimento econômico da atividade, razão pela qual também se faz necessário o estabelecimento de regras de segurança dos produtos lotéricos.

Por esta razão, levando em consideração o objetivo primordial da exigência de requisitos técnicos para habilitação dos licitantes no certame licitatório – prover segurança à Administração Pública e garantir a exploração adequada dos serviços por operadores íntegros – aliados à manutenção da competitividade, há de ser analisada a viabilidade ou não de exigir-se **certificações específicas, como requisito de qualificação técnica** na etapa de habilitação do futuro certame licitatório.

6.5.2. Exigência de certificações para qualificação técnica

As discussões traçadas até aqui são essenciais para a compreensão do problema em voga. Temos, até aqui, a possibilidade de formulação de exigências técnicas para habilitação dos licitantes interessados na concorrência, desde que tais exigências sejam justificadas, de forma a não afrontar a competitividade inerente à licitação.

Muito embora a discussão até o momento tenha se caracterizado por um caráter mais teórico – a fim de subsidiar as discussões narradas na sequência –, o presente tópico se destina a abordar, de forma concreta, a possibilidade de exigência das certificações destacadas no capítulo 5.2. para habilitação dos licitantes.

Acerca do sistema de certificação, leciona Pedro Gonçalves¹⁶⁸:

“A organização de sistemas de certificação voluntária é, em geral, um meio de que o Estado se serve para incutir nos particulares uma ‘cultura de qualidade e de exigência’: tais sistemas, geralmente associados a campanhas públicas de promoção dos sinais que distinguem os aderentes, procuram criar nos consumidores um espírito que os leve a adquirir preferencialmente produtos e serviços certificados ou produzidos e prestados por empresas certificadas”.

¹⁶⁷ Cf. COHEN, Peter. Beyond the obvious – the economic role of the gambling regulator. **Gaming Law Review and Economics**, volume 18, n. 2, New Rochelle, 2014, p. 174.

¹⁶⁸ GONÇALVES, Pedro Antonio Pimenta da Costa. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 212.

Desta forma, os sistemas de certificação “constituem um importante mecanismo de **incentivo à adoção de boas práticas produtivas**, comerciais, ambientais, éticas e das mais diversas ordens”¹⁶⁹.

Os sistemas de certificação existem em diversos setores da economia. Ocorre, entretanto, que levando em consideração o relativo ineditismo da exploração de serviços lotéricos pelos Estados e Distrito Federal, **não há uma certificação nacional que seja capaz de assegurar a integridade sistêmica e a adequada segurança** do fluxo de informações do sistema lotérico.

Nesse sentido, conforme amplamente versado no capítulo 5.2. do presente relatório, as certificações GLI 14, GLI 15, GLI 19, GLI 23 e GLI 33, ou similares, mesmo tratando-se de certificações concedidas por órgãos internacionais, se destinam justamente a assegurar os critérios de maior relevância para a segurança e eficácia na prestação dos serviços lotéricos, garantindo à Administração Pública a contratação de parceiro privado apto ao exercício das atividades lotéricas.

A segurança e confiabilidade sistêmica exigida na prestação dos serviços lotéricos, aliás, é a única razão para que se exija a apresentação das certificações GLI 14, GLI 15, GLI 19, GLI 23 e GLI 33, ou similares.

Nesse sentido, vale ressaltar que a Lei Federal nº 9.613/1998 – que dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores – previu uma série de responsabilidades oponíveis às empresas que promovam a exploração dos serviços lotéricos¹⁷⁰, atreladas à identificação dos clientes e manutenção de seus registros, bem como da obrigação de comunicação de operações financeiras aos órgãos responsáveis.

Desta forma, a apresentação de certificações que garantam a segurança das informações, a confiabilidade dos sorteios, bem como a adoção de práticas que promovam o jogo seguro e evitem a prática de subornos, como é o caso das certificações GLI 14, GLI 15, GLI 19, GLI 23 e GLI 33, ou similares,

¹⁶⁹ SCHWIND, Rafael Wallbach; REISDORFER, Guilherme F. Dias. **A exigência de certificação de qualidade nas licitações públicas e o RDC**. Disponível em: <https://www.justen.com.br/pdfs/IE59/IE59_Rafael_e_Guilherme_RDC.pdf>. Acesso realizado em 27/09/2021.

¹⁷⁰ Lei Federal nº 9.613/1998: “Art. 9º - Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não:

(...)

Parágrafo único. Sujeitam-se às mesmas obrigações:

(...)

VI - as sociedades que, mediante sorteio, método assemelhado, exploração de loterias, inclusive de apostas de quota fixa, ou outras sistemáticas de captação de apostas com pagamento de prêmios, realizem distribuição de dinheiro, de bens móveis, de bens imóveis e de outras mercadorias ou serviços, bem como concedam descontos na sua aquisição ou contratação;”

são medidas essenciais para que sejam afastadas as tentativas de utilização dos serviços lotéricos para os fins ilícitos previstos na Lei Federal nº 9.613/1998.

É importante ressaltar, ainda, que a exploração das modalidades lotéricas como o Estado de São Paulo pretende delegar, pressupõe a realização de milhares de operações em curto espaço de tempo, de forma que deve o operador a ser contratado garantir a confiabilidade dos sorteios a serem realizados, medida necessária em respeito aos direitos consumeristas, bem como para que os serviços lotéricos explorados sejam dotados da confiabilidade necessária, requisito básico para a aceitação dos produtos lotéricos comercializados.

E mesmo essa garantia não dispensa exigências ainda mais rígidas durante a operação, mediante a certificação de sistemas e equipamentos, como também a auditoria dos jogos e resultados, etapas essas gerenciadas pela ARSESP, no que diz respeito à Camada de Gestão referenciada no subtópico 5.6 deste Relatório.

É notório, assim, que a apresentação das certificações já referenciadas, como elemento de qualificação técnica, apenas garante a prestação dos serviços lotéricos de forma segura e eficaz, medida necessária para o sucesso da concessão.

Não por outra razão, o Tribunal de Contas da União, quando da análise preliminar do procedimento para concessão da LOTEX, se limitou a reproduzir as razões para exigência de certificações internacionais, sem, contudo, criar qualquer objeção sobre o tema quando da prolação do Acórdão TCU nº 1421/2020 – Plenário:

“67. Sobre a diligência complementar direcionada ao Ministério da Economia (peça 158), destacamos as informações:

(...)

*b) Tal diretriz foi efetivamente aplicada nos termos do Edital e do Contrato de Concessão da LOTEX, em especial naqueles pontos que tratam da prerrogativa do poder concedente (i) fiscalizar o concessionário a qualquer tempo; (ii) solicitar dados e informações sobre a operação da loteria instantânea e sobre o fiel cumprimento do Contrato de Concessão; (iii) **exigir do concessionário as certificações da Norma de Controle de Segurança da Associação Mundial de Loterias (World Lottery Association Security Control Standard - WLA SCS), para as melhores práticas de segurança da informação, continuidade de negócio e integridade da operação, e de Jogo Responsável da Associação Mundial de Loterias (World Lottery Association Responsible Gaming Framework), para as melhores práticas de prevenção ao Transtorno do Jogo ou Jogo Patológico (comumente conhecido como vício em jogo) e proteção do público apostador.**”*
(Acórdão TCU nº 1421/2020 – Plenário, Min. Rel. Aroldo Cedraz)

Em que pese seja acertada a exigência de certificações aplicáveis aos serviços lotéricos, no caso da LOTEX optou-se pela **concessão de prazo para que os certificados fossem obtidos em até 03 (três) anos contados a partir da eficácia do contrato**¹⁷¹. É dizer, as certificações deixaram de ser exigidas como elemento de qualificação técnica e passaram a ser exigidas como obrigação contratual do operador lotérico.

Não obstante o acerto sobre a exigência das certificações em voga, não nos parece acertado o *timing* para que o operador lotérico providencie as certificações necessárias à adequada prestação dos serviços lotéricos.

Os serviços lotéricos que integram o escopo do Projeto em análise se diferenciam de tantas outras contratações públicas por tratar-se de um **serviço que pode ser imediatamente implementado**, ou ao menos em exíguo lapso temporal. E o início da operação deve grande observância aos elementos da integridade do operador e dos jogos por ele comercializados. A reputação na atividade é fundamental.

Nesse sentido, há de se considerar que as certificações ora em análise garantem a confiabilidade dos resultados lotéricos, por meio da segurança sistêmica e da prevenção à lavagem de dinheiro e ludopatia.

Tratando-se de um serviço público de implantação quase que imediata, não é justificável a assunção de riscos tão elevados até que o parceiro privado providencie sua respectiva certificação, razão pela qual **sua exigência se amolda cabível para a habilitação dos licitantes interessados**.

¹⁷¹ Anexo 18 – Minuta de Contrato de Concessão – do Edital do Leilão PPI/PND-2019: “7.1.2 A Concessionária deverá obter, nos termos e prazos previstos no Anexo 2, as seguintes certificações, ou outras que vierem a lhes atualizar e/ou substituir: i. Certificação pela Norma de Controle de Segurança exarada pela Associação Mundial de Loterias (World Lottery Association Security Control Standard – WLA-SCS); ii. Certificação de Jogo Responsável exarada pela Associação Mundial de Loterias (World Lottery Association Responsible Gaming Framework, WLA-RFG) – nível 4; iii. Certificação ISO 27.001 relativa à norma do sistema de gestão da segurança da informação (ISMS - Information Security Management System).
(...)”

7.1.4 Em complemento à subcláusula anterior, as certificações previstas nos incisos (i) e (iii) da subcláusula 7.1.2, acima, deverão ser obtidas pela Concessionária em prazo não superior a 3 (três) anos, contado da Data da Eficácia, e a certificação prevista no inciso (ii), da mesma subcláusula, deverá ser obtida em prazo não superior a 5 (cinco) anos, contado da Data da Eficácia.”

Esse, inclusive, foi o posicionamento adotado pela Secretaria de Estado de Projetos Especiais do Distrito Federal (SEPE) no “Relatório Consolidado”¹⁷² ao responder questionamento formulado pelo público no âmbito do Edital de Chamamento do Procedimento de Manifestação de Interesse nº 001/2021. Vejamos:

*“Preliminarmente, não se pode perder de mira os escopos do art. 6, §2º da Lei de Concessões e do art. 30, II da Lei Geral de Licitações. **Exigir certificações amplamente utilizadas no mercado de loterias é a maneira mais eficiente de trazer segurança e confiabilidade sistêmica ao serviço público de loterias.** Recorda-se que existem alguns fundamentos robustos para tais exigências, mas o principal é a **preservação do Poder Público em relação às fraudes e à lavagem de dinheiro.**”*

*As certificações exigidas ganham maior relevância quando se trata de operação de loterias online e tais padrões operacionais são baseados em níveis de tecnologia fundamentais para uma operação íntegra. Inclusive, vale citar que o **Tribunal de Contas da União - TCU, quando da avaliação do processo de concessão da LOTEX, fez questão de apontar tal necessidade**, pois, sem tais garantias, haver-se-ia a exposição ao risco de o operador ser capturado para lavagem dos recursos de atividades ilícitas (tais como o jogo clandestino, mercado de armas, de drogas e assim por diante). Já do ponto de vista da concorrência, tais exigências em nada abalam os verdadeiros agentes capazes de satisfazer os requisitos necessários ao estabelecimento de uma loteria íntegra, confiável e eficiente.”*

Sendo justificada a necessidade das certificações já referenciadas para a adequada prestação dos serviços lotéricos é possível que tais certificações sejam exigidas para habilitação dos licitantes interessados, mesmo tratando-se de certificações internacionais.

Sobre isso, é importante lembrarmos os ensinamentos de Marçal Justen Filho¹⁷³ de que “[n]ão é possível que as exigências técnicas sejam nacionalizadas”, uma vez que “empresas estrangeiras, tradicionais prestadoras de serviços públicos nos mais diversos países, manifestam interesse em participar de certames no Brasil”.

Embora a exploração de serviços lotéricos pelos Estados brasileiros se encontre ainda em fase embrionária, é certo que se trata de um **setor amplamente consolidado internacionalmente**, com diversos atores internacionais potencialmente interessados em assumir a loteria paulista, mesmo que em consórcio com empresas nacionais.

¹⁷² Disponível em <https://www.sepe.df.gov.br/wp-conteudo/uploads/2021/09/SEI_GDF-69563980-Relatorio.pdf>. Acesso realizado em 27/09/2021.

¹⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. Concessões de serviços públicos. São Paulo: Dialética, 1997, p. 210.

Restando plenamente justificada a necessidade das certificações, é possível, como já visto, que as certificações sejam inseridas no rol de documentos exigidos para habilitação dos licitantes interessados.

Converge, nesse mesmo sentido, o entendimento do **Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**, ainda que *a contrario sensu*:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA EM FORNECIMENTO E INSTALAÇÃO DE GRAMA SINTÉTICO. EXIGÊNCIA DE PRODUTO COM CERTIFICAÇÃO FIFA. REQUISIÇÃO DE EXPERIÊNCIA DO RESPONSÁVEL TÉCNICO EM ATIVIDADES NÃO AFETAS A SUA ÁREA DE ATUAÇÃO. PROCEDÊNCIA. DESCUMPRIMENTO À DECISÃO ANTERIOR. MULTA.

(...)

*2.4 No que tange à certificação FIFA 2 Estrelas, exaustivamente enfrentada no TC-5952.989.21-8, impende consignar, em linhas gerais, que, mais do que a habilitação técnica, o que fora consignado ao longo da instrução naqueles autos, foi que a **Administração deixou de apresentar justificativas para o fornecimento e instalação de grama sintética com certificação específica, que amparassem uma eventual diferenciação na execução dos serviços a autorizar o discrimen empregado no edital.***

Vale dizer, não sendo a certificação exigida essencial à execução do objeto, deveria, via de consequência, ter sido excluída também da planilha de custos e do modelo da proposta, o que deve ser providenciado doravante, como, aliás, se propôs a Representada.

(TC – 013056.989.21-3, Tribunal Pleno, Conselheiro Relator Sidney Estanislau Beraldo, julgado em 07/07/2021)

“(…)

8. Em análise apriorística, própria do exame prévio de edital, não há como concluir que as exigências contidas nos itens 8.2.4.1 e 8.2.4.5, como requisito de habilitação técnica, violam a Súmula nº 17 desta Corte de Contas.

Com efeito, verifico que a contratação em tela é em sua natureza peculiar, apresentando características especiais para a sua adequada execução no campo da engenharia voltada para a aeronáutica. Nesse sentido, a requisição em tela coaduna-se com o artigo 30, inciso II16, da Lei nº 8.666/93, vez que se encontra em harmonia com o objeto licitado.

Por essa razão, entendo que a certificação exigida é razoável e pertinente à contratação, por ser elemento que atesta maior segurança ao desempenho do ajuste em tela. Afasto, pois, tal crítica, eis que não espelha fielmente a hipótese prevista na referida Súmula e não tem o condão de inviabilizar a participação de empresas especializadas.

(…)”

(TC – 016630.989.18-4, Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo, julgado em 01/08/2018)

Impõe-se ressaltar que o acórdão prolatado nos autos do TC – 013056.989.21-3 representa a **jurisprudência majoritária do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**, sendo refratária a aceitação

de certificações específicas como critério de qualificação dos licitantes. Nos casos em que restam validadas as exigências de certificações como critério qualitativo para habilitação das partes, é **ponto comum a justificativa, nos atos administrativos pertinentes, sobre a imprescindibilidade das certificações exigíveis.**

Assim, caso o Estado assinta com a necessidade de exigência das certificações pontuadas desde o início da exploração dos serviços lotéricos pelo parceiro privado, deve ser implementada a exigência de tais certificações como requisito técnico para habilitação dos interessados em participar do certame licitatório, medida que se coaduna ao ordenamento jurídico vigente.

Nessa hipótese, deve ser observado pelo Estado a adequada justificativa sobre a pertinência das certificações para a exploração dos modelos lotéricos nos atos administrativos que precedem o certame licitatório, bem como no respectivo edital e documentos que o integram.

6.6. Contrapartidas ao Estado

As contrapartidas ao Estado decorrentes da exploração dos serviços lotéricos devem compreender as partilhas destinadas às finalidades de cunho social, que, no Estado de São Paulo, foram previstas no artigo 15 da Lei Estadual nº 17.386/2021, ao “custeio de ações voltadas à assistência social e à redução da vulnerabilidade social no Estado”.

Este capítulo não pretende analisar, portanto, os efeitos fiscais e a tributação da exploração dos serviços, mas sim a indicação das possíveis formas do Estado obter remuneração, seja para custeio dos fins sociais exigidos por lei, como também de outros recursos que possam ser extraídos da exploração dos serviços pelo futuro operador privado.

Diante disso, e sendo a parcela mais relevante à modelagem, ficamos o conceito de “**outorga variável**” para representar o conjunto de contrapartidas financeiras em que as delegatárias dos serviços lotéricos passam a ser obrigadas a pagar no decorrer na prestação dos serviços.

Os pagamentos da outorga variável decorrem de parcela do *Gross Gaming Revenue*, ou seja, representam um percentual da receita dos serviços após o pagamento das premiações e tributos pelo operador. Como será detalhado no Produto Final IV – Estudo de Viabilidade Econômico-Financeira, cada modalidade lotérica adotará um percentual próprio para partilha ao Estado, levando-se em

consideração os investimentos exigidos dos particulares, como também as receitas esperadas e projetadas ao longo da exploração dos serviços.

Outra importante contrapartida decorrente da delegação dos serviços será a **outorga fixa**, valor este que representa um excedente sobre o fluxo de caixa do projeto, descontado por uma taxa de remuneração compatível com as condições de mercado.

Diferentemente da outorga variável, cujos recursos foram previamente vinculados por lei, a **outorga fixa não possui vinculação** e poderá ser agregada aos cofres públicos **de imediato**, caso esse valor seja exigido como condição de assinatura do futuro contrato de concessão, **ou ainda fracionada** ao longo da execução do contrato.

O valor da outorga é definido na licitação e poderá representar o critério de julgamento da concorrência (art. 15, inciso II da Lei Federal nº 8.987/1995). Já no caso das autorizações vislumbradas no Cenário B, o pagamento da outorga fixa poderia ser fixado como condição para atribuição da autorização ao particular interessado.

LOTESP

7. DELIMITAÇÃO DO OBJETO, OBRIGAÇÕES, RISCOS E FORMAS DE EXPLORAÇÃO DOS SERVIÇOS

7.1. Possíveis modelos contratuais a serem adotados no âmbito do Projeto

De acordo com os quadrantes já pré-fixados na legislação e jurisprudência destacada ao longo dos estudos deste Relatório,¹⁷⁴ não se discute mais acerca da natureza dos serviços lotéricos enquanto *serviço público*. E de acordo com o texto constitucional – art. 175 – a exploração de atividades sujeitas a essa condição poderá ocorrer (i) diretamente pelo Estado ou (ii) indiretamente pelo Estado, atribuindo a exploração à iniciativa privada, mediante delegação em regime de concessão ou permissão.

Assim, é que, via de regra, a exploração de serviços públicos por particular ocorrerá no **regime contratual das concessões e permissões**, cuja disciplina legal restou consolidada na Lei Federal nº 8.987/1995 e, no Estado de São Paulo, na Lei Estadual nº 7.835/1992.

A inadequação das permissões para delegação dos serviços lotéricos será vista no tópico 7.2. Seja no Cenário A ou Cenário B, fato é que **não se vislumbra grandes dificuldades para a utilização do regime de concessão comum no que diz respeito à exploração das modalidades lotéricas definidas pela União**. É esse, aliás, o regime jurídico recomendado, ressalvas as linhas abaixo que se justificam às apostas esportivas de quota fixa.

Há serviços outros que, por força constitucional, em especial a partir da Emenda Constitucional nº 08/1995, passaram ser explorados em regime jurídico menos intenso do que aqueles previstos no artigo 175. São as **autorizações de serviços públicos**, que restaram previstas para setores específicos, conforme **artigo 21, incisos XI e XII do texto constitucional**:

Art. 21. Compete à União:

(...)

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;

¹⁷⁴ Rememora-se que com as ADPF 492 e 493 o STF fixou entendimento que os jogos lotéricos são serviço público. Além disso, as apostas esportivas de quota fixa também foram assim classificadas no art. 29 da Lei nº 13.756/2018.

- b) os serviços e instalações de **energia elétrica** e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;
- c) a **navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária**;
- d) os serviços de **transporte ferroviário e aquaviário** entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;
- e) os serviços de **transporte rodoviário interestadual e internacional** de passageiros;
- f) os **portos marítimos, fluviais e lacustres**;

É verdade que o dispositivo constitucional nada mencionou sobre a viabilidade de exploração dos serviços lotéricos em regime de autorização. Por outro lado, não se pode ignorar – sobretudo a partir do julgamento das ADPFs 492 e 493 e a fixação das competências da União para fixar as diretrizes dos serviços e exploração das modalidades lotéricas – que a **Lei Federal nº 13.756/2018 cuidou especificamente da viabilidade de exploração da aposta esportiva de quota fixa em regime de autorização**, como segue:

*Art. 29. Fica criada a modalidade lotérica, sob a forma de serviço público exclusivo da União, denominada **apostas de quota fixa**, cuja exploração comercial ocorrerá em todo o território nacional.*

§ 1º A modalidade lotérica de que trata o caput deste artigo consiste em sistema de apostas relativas a eventos reais de temática esportiva, em que é definido, no momento de efetivação da aposta, quanto o apostador pode ganhar em caso de acerto do prognóstico.

*§ 2º A loteria de apostas de quota fixa **será autorizada ou concedida** pelo Ministério da Fazenda e **será explorada, exclusivamente, em ambiente concorrencial**, com possibilidade de ser comercializada em quaisquer canais de distribuição comercial, físicos e em meios virtuais.*

§ 3º O Ministério da Fazenda regulamentará no prazo de até 2 (dois) anos, prorrogável por até igual período, a contar da data de publicação desta Lei, o disposto neste artigo.

O fato de a autorização ter restado prevista apenas na Lei Federal em questão, e não propriamente no texto constitucional, não retira ou limita a viabilidade de se explorar os serviços por intermédio desse instrumento. Antes de se explicar as razões para tanto, vale fazer distinção relevante já que o instituto da autorização é polissêmico no direito brasileiro.

As autorizações para execução de atividades cometidas ao Estado não se confundem com aquelas expedidas em razão do exercício do *poder de polícia*, de caráter unilateral. **As primeiras ostentam natureza constitutiva** de direitos, para que o operador que obtenha esse título possa explorar serviços

de titularidade do Poder Público; as **autorizações tradicionais**, mais recorrentes no direito administrativo convencional, são de **ordem declaratória**, e conferidas de modo unilateral.¹⁷⁵

A palavra autorização, portanto, não possui significado único no nosso ordenamento.

Especificamente as autorizações constitutivas, que se dirigem exclusivamente ao setor público da economia, isto é, a bens e serviços constitucionalmente atribuídos ao Poder Público, possuem forte carga mandamental, de modo a fixar as condições, metas e obrigações ao operador que irá exercer a atividade outorgada por este instrumento, embora em carga normativa e regulatória muito menor do que as intervenções em regime de concessão.

Isso fica muito claro ao se verificar a jurisprudência já consolidada para aplicabilidade do instituto em outros serviços públicos. Traremos abaixo um breve apanhado desses precedentes que configuram *leading cases* para o estudo das autorizações, reconhecendo a especialidade do instrumento para delegação de alguns serviços públicos, ainda que em ambiente concorrencial desses mesmos serviços em regime jurídico distinto.

O **Supremo Tribunal Federal**, em sede de controle de constitucionalidade (**ADI 1668**), avaliou algumas disposições Lei Geral de Telecomunicações (art. 126 e ss. da Lei Federal nº 9.472/1997), quando fixou regime híbrido para exploração dos serviços (regime público, explorado mediante concessão, e regime privado, conduzido mediante autorização).

Nesse julgado, o Ministro Nelson Jobim, seguido também do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, fixou entendimento de **não haver inconstitucionalidade na prestação concomitante de serviços públicos em regimes jurídicos distintos**, ainda que a autorização se dê em ambiente sem licitação, competindo ao legislador ordinário e agência reguladora setorial definir a atividade a ser executada e como deve ser executada (qual regime jurídico aplicável).

Ainda no âmbito do Poder Judiciário, destaca-se precedente do **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, em Ação Civil Pública (**Apelação nº 5013397-37.2011-40472.01**) no qual discutia-se a validade de autorização no setor portuário. O julgado fixou entendimento segundo o qual é **desnecessária**

¹⁷⁵ Essas autorizações receberam novo tratamento após a edição da Lei Federal nº 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica). São exemplos deste tipo de ato a emissão de alvarás e licenças para o exercício de atividades econômicas em sentido estrito, assim como a instalação e funcionamento de empreendimentos privados.

licitação para expedição do ato, e que a abertura ao setor portuário para a livre iniciativa é saudável para ampliar a competição.

O **CADE**, por sua vez, em sede de defesa da concorrência, no **ato de concentração 0812.007452.2009-31**, se manifestou a respeito de autorizações no setor portuário. No caso em questão, o Tribunal do CADE decidiu pela ausência de violação a concorrência na exploração de terminais portuários de uso privado em regime de autorização concomitantemente a exploração de portos públicos em regime de concessão e/ou arrendamento. A instalação de portos em regime flexível, segundo o CADE, **aprimora as condições de competição no setor**.

Por fim, mas não menos importante, destaca-se a jurisprudência do **Tribunal de Contas da União**, ao julgar a denúncia formulada no **TC 0415916/2019**. Nesse julgado, o TCU considerou válidas as autorizações portuárias expedidas pelo então Ministério dos Transportes, ainda sob a vigência da Lei Federal nº 8.630/1993. No voto do Ministro Relator Raimundo Carreiro, restou sedimentado a validade de autorizações para exploração de serviços públicos, desde que previstas na Constituição ou na lei setorial correspondente.

A vista dos precedentes acima, é possível afirmar, portanto, que a autorização de serviços públicos representa, hoje, instrumento importante para outorga de atividades que precisam ser desempenhadas em regime de maior competição, pois conferem maior flexibilidade ao operador (preços, entrada), e atenua os riscos à Administração Pública, se comparada ao regime da concessão.

Fato é que a **autorização para a aposta esportiva foi prevista em lei** e pode ser utilizada como instrumento para sua exploração.¹⁷⁶

Tal como verificado no precedente do TCU, há parcela considerável da doutrina¹⁷⁷ que entende que a qualificação dos serviços, inclusive a definição da sua forma de exploração, é definida pela Constituição

¹⁷⁶ No mesmo sentido, o Estado de São Paulo tem promovido a exploração dos serviços de transporte coletivo intermunicipal mediante expedição de autorizações. Nesse sentido, a Lei Complementar nº 914/2002, ao elencar as atribuições da ARTESP: “Artigo 1º - Fica instituída a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo - ARTESP, autarquia de regime especial, vinculada à Secretaria de Estado dos Transportes, dotada de autonomia orçamentária, financeira, técnica, funcional, administrativa e poder de polícia, com sede e foro na cidade de São Paulo, e prazo de duração indeterminado, com a finalidade de **regulamentar e fiscalizar todas as modalidades de serviços públicos de transporte autorizados, permitidos ou concedidos**, no âmbito da Secretaria de Estado dos Transportes, a entidades de direito privado.”

¹⁷⁷ Cf. GROTTI, Dinorá Musetti. O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 88 e 105-106; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 26ª ed. São

ou pela lei (art. 170, parágrafo único da Constituição), sendo o legislador competente para apurar a necessidade coletiva a ser atendida por um serviço público.

Havendo dispositivo legal expresso acerca da possibilidade de exploração dos serviços mediante concessão ou autorização, convém ao Estado optar pela modalidade que melhor se adeque aos cenários propostos.

Como já ressaltado no âmbito do capítulo 3.2, a aposta esportiva ainda não foi objeto de regulamentação pela União, sendo certo que uma vez regulamentada, os serviços necessariamente deverão ser explorados em ambiente concorrencial, como determina a própria legislação.

Diante dessa condição, a superveniência da regulamentação federal **poderá frustrar a exploração dos serviços pelo parceiro privado**, conduzindo a inviabilidade de manutenção dos serviços. Esse evento poderá gerar ensejar a tentativas de rescisão contratual, pelo futuro parceiro privado, ou instauração do processo de caducidade da concessão, pelo Poder Concedente.

Essas situações já denotam custos de transação bastante elevados por si só, e que podem ser ainda majorados na hipótese de litígio administrativo preliminar, suscitado a discutir eventual passivo regulatório decorrente de desequilíbrio econômico-financeiro em favor da concessionária, ou posterior, na tentativa de reaver a indenização por investimentos realizados e não amortizados.

Diferentemente das outras modalidades, os **investimentos necessários à exploração desses serviços (CAPEX) são menos significativos**, seja pela própria dinâmica dos jogos, como também pelo fato de que o marketing muitas vezes está atrelado ao próprio evento esportivo que se coloca como referência de aposta, exigindo do operador menor esforço para cativar a demanda de apostadores.

Nessa condição, instrumentos menos complexos como a autorização de serviços públicos pode se mostrar mais eficiente,¹⁷⁸ pois não estabelece os mesmos direitos e obrigações do que aqueles veiculados em regime de concessão comum. Em síntese: a **estruturação dos serviços para a**

Paulo: Atlas, 2013, p. 106-106, ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos Serviços Públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 154.

¹⁷⁸ É verdade que a permissão de serviço público também é indicada como forma de delegação para casos em que as exigências de investimentos e de desempenho dos particulares são menores que outros serviços. Contudo, como se verá, a legislação estadual é bastante restrita quanto às hipóteses de utilização desse instrumento, além da legislação federal responsável por instituir a modalidade de quota fixa admitir somente a concessão e autorização (art. 29, §2º).

modalidade de aposta esportiva em regime de concessão pode se mostrar mais onerosa ao interesse público.

Assim, apresentados os regimes contratuais passíveis de adoção na exploração dos serviços, serão retomadas as peculiaridades de cada regime jurídico contratual a partir dos Cenários propostos no presente Relatório.

7.2. Inviabilidade de exploração das modalidades lotéricas em caráter precário (permissão de serviço público)

Para fins de análise sobre a possibilidade de delegação da exploração de serviços lotéricos ser feita por intermédio de permissão, de início, é necessário traçar um panorama sobre o tratamento legal, doutrinário e jurisprudencial que esta forma de contratação recebe. Isso não dispensa o alerta já realizado no presente estudo, no que tange a ADI 6785, discutida no capítulo 4.1.1.3 deste Relatório.

O instrumento da permissão é elencado no artigo 175 da Constituição Federal como forma de contratação de empresas para a prestação de serviços públicos. Referida disposição estabelece que a contratação só poderá ser realizada mediante licitação, assim como determinado para fins da utilização da modalidade da concessão.

Além disso, no parágrafo único, inciso I, do mesmo artigo, foi estabelecido que lei disciplinará o regime das empresas permissionárias, assim como os aspectos contratuais e as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da contratação.

Em atenção ao dispositivo constitucional destacado, a Lei Federal nº 8.987/1995, ao dispor sobre o instrumento da permissão, conceituou este como uma forma de delegação à título precário, conforme previsto no artigo 2º, inciso IV, cuja redação segue abaixo:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

(...)

*IV - permissão de serviço público: **a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos**, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.*

Ademais, em seu artigo 40 c/c artigo 18, inciso XVI, a Lei Geral de Concessões ainda prevê que as permissões de serviço público seriam formalizadas mediante contrato de adesão, fato este que abriu margem de alguns questionamentos na doutrina¹⁷⁹.

Importante salientar que, com exceção a algumas características e condições pontuais, não foram estabelecidos maiores detalhes na Lei nº 8.987/1995 referente às permissões.

A Lei Estadual nº 7.835/1992, por sua vez, delimitou que o instrumento se destinaria às “**situações excepcionais, caracterizadas pela urgência**” (art. 2º, inciso IV), ou ainda, “**quando não acudirem interessados à licitação e esta não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração**” (art. 4º, inciso III e § 2º). Destaques à previsão de que a permissão tem sua **vigência condicionada** “enquanto perdurar a situação de urgência que a tenha justificado” (art. 34).

Ante as diversas lacunas e a aparente contradição entre o disposto nas legislações em comento e o previsto pela Constituição Federal (obrigatoriedade da licitação), surgiram na doutrina brasileira variadas teorias para tentar suprir as obscuridades referentes ao instrumento, tais como a (i) permissão qualificada¹⁸⁰, a (ii) permissão condicionada¹⁸¹ e a (iii) equiparação da permissão com prazo à concessão.

Em razão da relevância, por conta de posicionamento jurisprudencial encontrado, o que será exposto mais abaixo, basta ao presente estudo retomar a **teoria da equiparação**.

Diferentemente das demais teorias citadas, que subdividem às permissões em “espécies”, a teoria da equiparação parte do pressuposto de que existe apenas um tipo de permissão, cuja precariedade é característica, sendo que alguns aspectos atinentes à contratação fazem com que esta se equipare à concessão, recebendo o mesmo tratamento.

¹⁷⁹ Dentre os questionamentos que sobrevieram, pode-se citar à título exemplificativo a dúvida acerca da natureza da permissão (se seria contratual ou ato unilateral da Administração), e qual seria o significado do termo “contrato de adesão”, utilizado no artigo 40 da Lei Federal nº 8.987/1995.

¹⁸⁰ José Cretella Júnior, em *Direito Administrativo Brasileiro* e *Manual de Direito Administrativo*.

¹⁸¹ Hely Lopes Meirelles, em *Direito Administrativo Brasileiro*.

Conforme defende Maria Sylvia Zanella Di Pietro,¹⁸² a fixação de prazo tem como consequência a perda da precariedade do instituto, o que a torna similar à concessão. É o que se pode verificar no trecho abaixo:

“Segundo entendemos, a fixação de prazo na permissão praticamente faz desaparecer a diferença entre esse instituto e a concessão, já que ocorrerá a perda da precariedade e o permissionário se tornará titular de direito subjetivo oponível à Administração, consistente no direito à prestação do serviço permitido pelo prazo convencionado, sob pena de responder a Administração Pública por perdas e danos.”

- Grifo nosso -

Referido entendimento já foi rechaçado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme pode ser visto nos precedentes abaixo elencados:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO PARCIAL. TRANSPORTE COLETIVO PÚBLICO. **TERMO DE PERMISSÃO, COM CARACTERÍSTICAS DE CONCESSÃO.** INDENIZAÇÃO. ALEGAÇÃO DE PREJUÍZOS DECORRENTES DE TARIFAS DEFICITÁRIAS. INOCORRÊNCIA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA DE BOA-FÉ DO CONTRATANTE. PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR.

(...) 3. **Termo de Permissão assinado pelo Poder Público e pela permissionária. Os elementos componentes do mencionado Termo levam a que se considere que, entre partes, houve, verdadeiramente, a Concessão de serviço público.**

4. Exigência de procedimento licitatório prévio para validação de contrato de concessão com a Administração Pública, quer seja antes da Constituição Federal de 1988, quer após a vigência da mencionada Carta.

5. Não havendo a licitação, a fim de garantir licitude aos contratos administrativos, pressuposto, portanto, para a sua existência, validade e eficácia, não pode se falar em concessão e, por consequência, nos efeitos por ela produzidos.

(...) 7. **Em razão do uso indiscriminado das permissões de serviço público, é de se lhe atribuir efeitos análogos aos do instituto da concessão de serviço público**

¹⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e parceria público-privada*. 12ª Edição. Editora Forense, São Paulo, 2019, p. 170.

quando a complexidade da atividade deferida por meio daquele instituto seja de tal monta que exija um longo prazo para o retorno dos altos investimentos realizados no intuito de viabilizar a sua prestação.

8. Este direito está condicionado à licitude da atividade prestada pelo permissionário, de modo que, ausente prévio procedimento licitatório, não há que se falar em manutenção do equilíbrio econômico-financeiro que nele deveria ser estipulado, cabendo ao permissionário, em atenção ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular e à sua inexistente boa-fé, suportar os ônus decorrentes de uma ilegalidade que lhe favoreceu." 9. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.

(REsp 403.905/MG, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/03/2002, DJ 06/05/2002, p. 260)

ADMINISTRATIVO - EXPLORAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO - PERMISSÃO - OUTORGA A PRAZO FIXO - CONCESSÃO - REAJUSTE DE TARIFAS - MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO.

- Na execução de serviço de transporte mediante permissão, impõe-se o reajuste de tarifas, sempre que necessário para restabelecer o equilíbrio financeiro do empreendimento (DL 2.300/86, Art. 55).

- **O credenciamento de empresa privada para executar serviço de transporte, a título permanente e a prazo certo traduz concessão, não singela permissão.**

(REsp 120.113/MG, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/06/2000, DJ 14/08/2000, p. 141)

- Grifos nossos -

Sobre a análise aqui conduzida, vale trazer trecho do voto do Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, proferido ao analisar a relação jurídica entre as partes no âmbito do REsp 120.113/MG, cuja parte mais relevante para a discussão segue abaixo:

"(...) Não bastasse a enormidade da semelhante situação, o exame dos autos revelou-me que a polêmica gera-se em uma questão de nomes, ou melhor, de títulos. De fato, o documento que habilita a recorrente à exploração do serviço público foi denominado "Termo de Permissão". No entanto, a leitura revela que nele está documentada, uma concessão de serviço público (Cf. fls. 51/53). Em suas

cláusulas estão definidos: a linha a ser explorada, o respectivo itinerário, o número de ônibus a ser obrigatoriamente empregado, a submissão aos regulamentos públicos, obrigação de remunerar o Município, pelo gerenciamento operacional e o prazo de duração do ajuste (dois anos – cf. Cl. Sexta). Por último, merece atenção a circunstância de que o documento foi assinado pelo Presidente da autarquia Trasmetro e pelo gerente da Permissionária.

*Não me pretendo alongar em referências doutrinárias, nem tomar-lhes o tempo, com desnecessária citações. A qualidade intelectual dos demais integrantes da Turma dispensa-as. Lembro, apenas, que **a tênue diferença entre concessão e permissão de serviço público encontra-se em um atributo: a precariedade desta última.***

Ora, a execução do serviço público não foi outorgada a título, precário, mas por tempo certo, explicitamente fixado no documento de outorga.

- Grifo nosso -

Conforme pode ser visto, ao analisar a demanda, o Relator Ministro Humberto Gomes de Barros **privilegiou o conteúdo previsto no ajuste em detrimento do nome do instrumento utilizado**, reconhecendo que, em razão de determinados aspectos inclusos, a precariedade característica da permissão foi afastada. Vale pontuar que foi dado provimento ao recurso em questão, por unanimidade, nos termos do voto do Relator.

Feitas essas considerações acerca do tratamento conferido às permissões no direito brasileiro, passa-se à análise sobre a possibilidade jurídica de delegação dos serviços de loteria mediante permissão, partindo do pressuposto de que o contrato pode ser explorado por prazo determinado, ou seja, que lhe seria aplicável a teoria da equiparação.

Descarta-se, de pronto, a análise da delegação por meio da permissão precária em razão da **falta de segurança jurídica** do instrumento aos investidores da futura outorga, considerando os investimentos a serem realizados e as condições para sua amortização e remuneração, sendo a **garantia de prazo mínimo um fator relevantíssimo para viabilidade da exploração**, independente do cenário examinado (com ou sem exclusividade).

Conquanto os serviços lotéricos não exijam investimentos vultuosos, a exemplo de outros serviços públicos, sua exploração não dispensa a realização de investimentos, o que coloca a permissão precária

como um instrumento inadequado ao atendimento das premissas de um serviço adequado (regularidade, segurança e atualidade).

Considerando que a exploração de serviços lotéricos se trata de serviço público, sua viabilização por meio de permissão com prazo determinado é plenamente viável e não encontra nenhum impedimento legal. De outro lado, a **legislação estadual delimita sua aplicação para situações bastante específicas, o que não parece se conciliar com as pretensões do Estado** ao explorar os serviços de forma indireta.

Por essa questão **não é possível afirmar que a permissão seja o instrumento jurídico mais indicado**. Isto porque, de início, não se identifica nenhuma vantagem da contratação por meio de permissão quando comparada à concessão, tendo em vista que, entre outros fatores, ambas seriam realizadas apenas mediante processo licitatório.

Além disso, a equiparação do tratamento desse tipo de permissão ao conferido à permissão precária não é entendimento pacificado na doutrina e jurisprudência, sendo possível o reconhecimento da precariedade do ato e aplicação de todas as consequências advindas deste fato, sobretudo pelo quanto já destacado na previsão da legislação estadual.

Dessa forma, o reconhecimento da aplicação das disposições previstas para a concessão, entendidas como possíveis vantagens ao contratado – à título de exemplo, pode-se citar o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e o recebimento de indenização em caso de extinção antecipada –, dependeria de judicialização e ficaria à mercê do entendimento do magistrado, fator este que poderá acarretar impactos sobre a atratividade do projeto ou, quando menos, ser precificado pela futura licitante, em desfavor do Estado.

Dessa forma, não se considera o instituto da permissão como o mais vantajoso para a delegação da exploração dos serviços lotéricos, seja para o Lote único do Cenário A, ou ainda para multiplicidade de Lotes do Cenário B.

7.3. Cenário A – Concessão comum, com exclusividade, de todas as modalidades

Como descrito no capítulo apropriado sobre metodologia de desenvolvimento deste Produto, o Cenário A é aquele que contempla a exploração dos serviços mediante concessão comum, com exclusividade, de todas as modalidades lotéricas, sendo aposta esportiva de quota fixa explorada como

receita acessória em percentual de compartilhamento diferenciado do que as demais fontes de receitas complementares.

Assim, agregar-se-ia, em um único contrato administrativo, a delegação ao futuro concessionário do direito de exploração de todas as modalidades lotéricas.

Ao concentrar em um único operador a exploração de todas as modalidades, atenua-se, por certo, os custos de fiscalização pelo Estado, ao mesmo passo em que o privado pode aproveitar de toda estrutura de distribuição e comercialização para operar todas as modalidades, retornando, assim, ganhos de escala efetivos no que diz respeito às despesas operacionais e de marketing. Isso poderá alavancar, em tese, o interesse do mercado no âmbito da licitação.

A concessão comum de serviço público é conceituada legalmente como a prestação de serviços à pessoa jurídica, por sua conta e risco, e por prazo determinado, precedida de licitação na modalidade concorrência, demonstrada a capacidade de desempenho das atividades (definição do art. 2º, inciso II da Lei nº 8.987/1995).

Com isso, importante pontuar, o Estado outorga ao futuro concessionário o direito de exploração dos serviços, preservando a si a titularidade estatal das atividades. Nessa condição, o Poder Concedente deverá assegurar que em um ambiente de exclusividade, em que pese menores custos de fiscalização para lidar com uma única estrutura, os serviços serão prestados de maneira adequada, e assim o fará mediante o exercício de suas competências para regular e fiscalizar a atividade.

É característico da concessão que o concessionário seja remunerado mediante o pagamento de tarifas dos usuários ou por receitas alternativas, complementares ou acessórias (artigo 11 da Lei nº 8.987/1995). Como já visto neste Relatório, no capítulo 6.2, os serviços em questão **não demandam a instituição de tarifas**, uma vez que não se trata de atividade essencial.

Contudo, isso não afasta a necessidade de se assegurar que a remuneração dos operadores lotéricos será suficiente a amortizar os investimentos realizados, assegurar o retorno sobre o capital investimento e, senão o mais importante, garantir as contrapartidas ao Estado, conforme aquelas descritas nos capítulos 5.3.3 e 6.6.

Assim, é que o Produto Final IV – Estudo de Viabilidade Econômico-Financeira considerou a exploração dos serviços em **regime de liberdade de preços**, de modo que as projeções de receitas do fluxo de

caixa do projeto levaram em consideração a comercialização de produtos definidos a partir das modalidades lotéricas de prognósticos, instantânea e passiva.

A aposta esportiva de quota fixa, por sua vez, restou indicada como faculdade do concessionário explorá-la, por sua conta e risco, sem com que essa estimativa de receita estivesse contemplada, de início, como parâmetro para definição de viabilidade econômico-financeira da concessão.

A razão para tanto reside no já destacado **risco de superveniência da regulamentação da aposta esportiva pela União**.

É que ao deixar de contemplar a aposta esportiva enquanto escopo inicial da concessão, a superveniência de exploração dos serviços pela União não poderá ser invocada como evento de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, por pressupor que os esforços na implantação da referida atividade permanecerão como risco integral do concessionário.

De todo modo, tendo em vista que referida modalidade lotérica tem um alto potencial de arrecadação, propõe-se, **como diretriz conveniente do futuro contrato**, fixar um parâmetro de compartilhamento distinto das demais hipóteses de receitas acessórias. Assim, ao invés de se fixar uma trava inicial para início do compartilhamento de receitas ao Estado,¹⁸³ pode se admitir que a partilha ocorra tão logo comercializados produtos dessa modalidade.

É verdade que a modalidade instantânea perpassa por risco similar ao caso da aposta esportiva, sobretudo pela intenção da União em retomar a licitação da LOTEX.

No entanto, a **loteria instantânea pressupõe investimentos de ordem muito mais considerável do que a aposta esportiva**. Nesse sentido, é preciso que o contrato de concessão possa viabilizar instrumentos mais eficientes a garantir a segurança jurídica do investimento privado, resguardando o operador dos efeitos supervenientes da implantação da concessão federal.

¹⁸³ Sistemática essa adotada nos contratos de concessão mais modernos do Estado de São Paulo. Nesse sentido, o contrato de concessão das Linhas 8 e 9 da CPTM: “25.17 Caso o valor correspondente ao faturamento bruto total das RECEITAS ACESSÓRIAS, incluindo os valores obtidos com a exploração de SERVIÇOS COMPLEMENTARES, supere 4,9% (quatro vírgula nove por cento) do valor auferido pela CONCESSIONÁRIA a título de RECEITA TARIFÁRIA, 20% (vinte por cento) deste valor excedente caberá ao PODER CONCEDENTE, a título de compartilhamento.”.

Desse modo, embora o futuro contrato incorpore a loteria instantânea como parte integrante do seu objeto, inclusive para o cálculo de viabilidade econômico-financeira da concessão, o mesmo instrumento poderá contemplar, como **condições indispensáveis à sua viabilidade**, que a superveniência da concessão da LOTEX poderá ensejar:

- (i) a **recomposição parcial do equilíbrio econômico-financeiro**, mediante previsão de cláusula de **compartilhamento de risco de demanda**, por bandas de variação, considerando tão somente a demanda realizada para referida modalidade em comparação com a demanda projetada no EVTEA;
- (ii) a **recomposição do equilíbrio econômico-financeiro contratual**, por se tratar de evento previsto na cláusula de alocação de riscos ao Poder Concedente; ou
- (iii) a previsão deste evento enquanto **hipótese de rescisão amigável**, nos termos do artigo 26 da Lei Estadual nº 7.835/1992, admitindo a possibilidade de indenização do concessionário segundo parâmetros da fórmula de encampação.

7.4. Cenário B – Concessão comum, individualizando as modalidades por lotes, e autorização para exploração de aposta esportiva de quota fixa

Rememorando-se o quanto pontuado ao início deste Relatório, tem-se que o **Cenário B** é aquele que contempla a **exploração em regime híbrido**, sendo concessão comum, em lotes isolados, para as modalidades prognósticos, instantânea e passiva, e autorização para operar os serviços de aposta esportiva de quota fixa, sem limite de operadores, mediante convocação em ato de chamamento público; ou com limite de operadores, hipótese que poderá ser viabilizada mediante processo de contratação simplificado.

No referido Cenário, haveríamos, portanto, **3 lotes distintos a serem submetidos cada um deles contratos de concessão distintos**, cuja divisão levou em consideração as condições de viabilidade operacional e econômico-financeira. Assim, teríamos Lote 1 – Prognósticos; Lote 2 – Loteria Instantânea; e Lote 3 – Passiva.

Única ressalva recai sobre a modalidade de aposta esportiva, na medida em que se cogita do uso da autorização, prevista no art. 29, § 2º da Lei nº 13.756/2018. Trata-se de **instrumento de menor**

complexidade do que as concessões e com menor ônus ao Poder Concedente, ainda que hoje, como já visto, este ato se aproxime muito do caráter contratual das concessões.

A proposta para explorar essa modalidade desacoplada de um regime contratual de concessão está atrelada diretamente ao **risco de superveniência da regulamentação dos serviços pela União Federal**. Apesar disso, por se tratar de modalidade que exige investimentos menos intensivos, os incentivos para buscar a autorização junto ao Poder Concedente permanecerão frente a possibilidade de geração de receitas.

A partir desse desenho, haveria mais de um operador lotérico para a mesma base territorial do Estado de São Paulo, isto é, conviverão explorados os serviços lotéricos concessionárias e agentes em regime de autorização.

No Cenário B, apesar de no ambiente de concessão se admitir uma competição mais intensa entre os concessionários, essa tensão poderá ser equilibrada, em alguma medida, dado que o público apostador de determinadas modalidades – como a demanda voltada à modalidade passiva – não costuma se aventurar em outras diversas. Restaria, assim, mitigada as preocupações colocadas no capítulo 6.1.

Por outro lado, algumas concessões exigirão intensos investimentos para obtenção de receitas que poderão alcançar montantes menos relevantes do que aquelas exploradas em regime de autorização, fator este que poderá **incentivar o concessionário a não manter o serviço adequado ou, no limite, abandonar a concessão**.¹⁸⁴

Para contornar essa situação, apresenta-se como **condições imprescindíveis** para viabilizar o Cenário B, que se admita: (i) alguma **restrição ao número de operadores em regime de autorização**, os quais ingressão no mercado desde que atendimentos requisitos regulatórios pré-estabelecidos (e.g. obtenção de certificações, prestação de garantias etc.); (ii) a **possibilidade dos concessionários também explorarem os serviços sujeitos ao regime de autorização**, desde que tenham interesse; e (iii) a possibilidade de **utilização, não exclusiva, dos canais de comercialização físico ou virtual dos concessionários** para exploração dos serviços pelos autorizados.

¹⁸⁴ Rememora-se, nesse sentido, para além das questões inseridas no capítulo 4.1.1.4, a íntegra da declaração das empresas a respeito da desistência da concessão (disponível em <<http://bnldata2.com.br/igt-e-scientific-games-informam-que-se-retiraram-da-lotex/>>).

Para além disso, no caso de retomada da LOTEX pela União, o Lote 2 – Loteria Instantânea seria drasticamente afetado, sendo difícil sustentar que a partilha do risco de demanda, tal como proposto no Cenário A, seja suficiente para mitigar os incentivos pelo abandono do projeto. Daí que nesse caso, o mais adequado (**condição imprescindível**) para preservar o interesse na licitação seja prever (i) o direito a reequilíbrio se materializado o evento ou ainda admitir a (ii) rescisão amigável da concessão, com regras de indenização equiparáveis ao caso da encampação.

7.5. Matriz SWOT (Cenário A x Cenário B)

Como é de amplo conhecimento, a análise SWOT (*Strengths, Weaknesses, Opportunities and Threats*) representa uma ferramenta analítica para elaboração de diagnósticos estratégicos de empresas ou projetos¹⁸⁵.

Com relação aos Cenários desenvolvidos ao longo desse estudo, podemos elaborar os dois gráficos abaixo.



Tabela 09. Matriz SWOT Cenário A - Exclusividade

FATORES INTERNOS CENÁRIO A - EXCLUSIVIDADE		FATORES EXTERNOS DO CENÁRIO A - EXCLUSIVIDADE	
Fraquezas (-)		Ameaças (-)	
1	Dependência de um fornecedor	1	Abandono da aposta esportiva a depender da regulamentação da União (sem grandes prejuízos ao Estado)
2	Risco de ramp up mais longo	2	Risco de insucesso na licitação
3	Risco de foco em produtos de maior rentabilidade	3	Paralisação total em caso de descontinuidade
4	Baixo incentivo à inovação e investimentos de OPEX	4	CAIXA tem rede em pleno funcionamento
5	Incentivo a concentração em áreas populosas	5	CAIXA já tem produtos consolidados
6	Maior vulnerabilidade ao mercado clandestino	6	Concorrência produtos não legalizados
Forças (+)		Oportunidades (+)	
1	Maior escala	1	Maior interesse de concorrentes pelo mercado exclusivo (licitação)
2	Menor custo operacional	2	Um ponto para todos os Produtos

¹⁸⁵ Cf. CHIAVENATO, Idalberto. Introdução à teoria geral da administração. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003, p. 74.

3	Menor custo de marketing
4	Maior atratividade para captação de Pontos de Venda
5	Facilidade de controle do Poder Público (regulação)
6	Facilidade de controle de preços dos produtos
7	Menor exposição do capital privado em razão da superveniência de exploração da LOTEX ou aposta esportiva pela União

3	Um canal digital para todos os produtos
4	CAIXA não tem capilaridade adequada
5	CAIXA não tem agilidade
6	CAIXA não tem relevância digital
-	-

Tabela 10. Matriz SWOT Cenário B – Concorrencial

FATORES INTERNOS DO CENÁRIO B - CONCORRENCIAL

Fraquezas (-)	
1	Produtos em Redes Físicas diferentes
2	Produtos em Canais Digitais diferentes
3	Maior custo operacional
4	Maior custo de Marketing
5	Maiores custos regulatórios
6	Menor controle de preços dos produtos
7	Acirramento da concorrência que pode impulsionar o interesse pela exploração dos serviços em regime de autorização

Forças (+)	
1	Maior variedade produtos
2	Payouts mais atrativos
3	Maior eficiência operacional
4	Ramp up mais curto
5	Premia a excelência por Modalidade
6	Menor dependência do Estado em relação aos fornecedores (regime da autorização e pluralidade de lotes)
7	Facilita a continuidade do serviço público
8	Incentivo à inovação e a capilaridade

FATORES EXTERNOS DO CENÁRIO B - CONCORRENCIAL

Ameaças (-)	
1	Menos concorrentes por custo de distribuição
2	Menos concorrentes por pulverização mercado
3	Regulamentação superveniente da União poderá tornar impraticável a exploração de aposta esportiva
4	Caixa já tem produtos consolidados e redes em pleno funcionamento
5	Risco de assimetrias entre as modalidades
6	Competição com produtos clandestinos
7	Retomada da LOTEX poderá inviabilizar a exploração do lote da modalidade instantânea.

Oportunidades (+)	
1	Mais concorrentes pela facilidade de acesso
2	Mudanças sem discontinuidades
3	CAIXA não tem capilaridade adequada
4	CAIXA não tem agilidade
5	CAIXA não tem relevância digital
6	Aumenta a probabilidade de sinergias com outras cadeias de produção
-	-
-	-

Sem prejuízo de se verificar outros elementos que poderiam ser integrados aos quadros acima, **nos parece que o Cenário A é aquele que apresenta uma matriz mais promissora.**

7.6. Proposta de alocação de responsabilidades entre as partes

A adequada alocação de riscos entre as partes é essencial para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Pois embora não seja possível prever todas as adversidades e contingências próprias que envolvem o percurso de um contrato administrativo que se estende por décadas, uma boa alocação de responsabilidade é capaz de mapear esta trajetória.

Neste tema, e sem prejuízo do endereçamento dos riscos que se seguirão no tópico seguinte (7.7), a análise depende de considerar, para cada cenário da metodologia do projeto, diferentes propostas de alocação de responsabilidades entre as partes.

Para o **Cenário A**, onde há outorga para a execução do serviço lotérico, em todas modalidades lotéricas, para um único concessionário, exige-se dele: manter todas condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação; obter e manter o plano de certificação; receber, apurar e resolver queixas e reclamações dos apostadores; ressarcir todos desembolsos decorrentes de determinações judiciais de qualquer espécie para satisfação de obrigações originalmente imputáveis à concessionária; manter um SAC com estrutura para suportar as demandas dos apostadores, nos termos da legislação consumerista; responsabilizar-se pelos encargos trabalhistas, previdenciários, tributários e comerciais resultante da execução do contrato; assegurar a privacidade dos dados pessoais dos apostadores; empregar medidas para impedir a prática de condutas corruptas, entre outras obrigações.

Do Poder Concedente, exige-se: destinar os recursos depositados na Conta única do tesouro às entidades previstas na legislação de regência; permitir que a concessionária utilize a denominação “Loteria de São Paulo” durante o prazo de concessão; recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato; exigir, da concessionária, o sigilo das informações confidenciais; colaborar com eventuais entidades financiadoras da concessionária, para contribuir com a viabilidade do financiamento, de forma a possibilitar a execução integral do objeto da concessão.

Para o **Cenário B**, onde há a delegação da execução do serviço público para diversos agentes privados por meio de diversos lotes de concessão e diversas autorizações no que diz respeito à aposta esportiva de quota fixa, exige-se destes últimos: a apresentação e manutenção de garantia para o cumprimento das obrigações, pagamento dos saldos das contas dos jogadores e eventuais tributos que venham a ser aplicados, sob pena de suspensão da autorização até que seja recomposta a garantia; pagamento mediante remuneração por royalties; manter sítio na internet para a exploração dos serviços

abrangidos pela autorização; instalar e manter sistema técnico voltado para a exploração dos serviços de loteria; assegurar a integridade, disponibilidade, confidencialidade e todos de mais atributos de segurança das modalidades lotéricas abrangidas pela autorização; manter conta bancária previamente cadastrada por onde se darão as transações relacionadas com a atividade; manter o registro de sócio controlador ou majoritário perante a o poder concedente; certificar e disponibilizar meios que impeçam menores de 18 anos e outros grupos vulneráveis de realizarem cadastro de jogador no seu sistema; certificar e disponibilizar meios que impeçam a distribuição e captação de apostas fora dos limites territoriais do Estado de São Paulo; prestar informações, de forma clara, sobre as proibições de jogar e apostar, nos termos da lei; disponibilizar e prestar informações sobre as regras de apostas desportivas de forma clara os valores mínimo e máximo de aposta e regras de cálculo de pagamento dos prêmios; definir uma política de privacidade que adira à pertinente legislação sobre proteção de dados; criar um registro de conta para cada jogador; pagar os prêmios aos jogadores vencedores; ordenar a transferência para a conta de pagamento previamente indicada pelo cliente, quando este o solicitar; implantar e manter a comunicação e troca de dados por meio de API (Application Programming Interface) com a plataforma mantida pela Loteria Estadual de São Paulo; entre outras obrigações.

O Poder Concedente, neste contexto, dada a natureza do ato administrativo da autorização, poderá revogar ou mesmo suspender execução do serviço público delegado, assegurando-se o devido processo legal e o contraditório na forma da lei. Com a revogação ou a cassação da autorização, as garantias prestadas somente serão liberadas após a comprovação do pagamento de todos os prêmios devidos e recolhimento de todos os tributos devidos.

Com isso, nota-se que o desenho das obrigações deve obedecer à natureza jurídica dos institutos jurídicos envolvidos: para concessões, onde o vínculo criado não é precário, há um maior equilíbrio contratual, destinado a contemplar o interesse do concessionário que faz um investimento de longo prazo; para autorizações, por outro lado, há um conjunto de obrigações que atende à precariedade e contingência do vínculo.

7.7. Mapeamento de riscos, alocação e mitigadoras

O mapeamento dos principais riscos do projeto, sua alocação e definição das medidas mitigadoras foram convertidas no **Anexo III** do Produto Final I.

O esforço no desenvolvimento do documento apartado não dispensa a breve menção sobre o que orientou a partilha de riscos do(s) futuro(s) contrato(s) – seja em um ambiente de exclusividade ou não.

Como é de amplo conhecimento, a concessão é um contrato de longo prazo e pressupõe a distribuição de riscos entre concessionário e Poder Concedente. Conquanto a Lei nº 8.987/1995 se utilize da terminologia de que a concessão de serviço público é o contrato explorado por conta e risco do operador privado (art. 2º, incisos II e III), fato é que a mesma Lei também estabelece que o atendimento às condições do contrato representa a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro (art. 10).

Pensando em termos de eficiência alocativa, de modo a pressionar um projeto a um menor custo global, é que se exige uma distribuição adequada dos riscos segundo a capacidade de gerenciamento de cada uma das partes, seja para prevenção ou ainda para minimizar os impactos decorrentes de sua materialização.¹⁸⁶

De outro modo, os instrumentos jurídicos devem estabelecer os riscos de forma clara, de modo a propiciar a precificação pelos licitantes.

Sobre o risco de demanda, em que pese seja atribuível ordinariamente ao concessionário, no presente Projeto reside risco considerável para as modalidades de aposta esportiva e loteria instantânea, tendo em vista a capacidade da União inaugurar a exploração dessas modalidades concomitantemente à exploração pelo Estado. Em razão disso, traremos breves apontamentos sobre esse ponto.

Caso essas hipóteses não estejam devidamente compensadas no âmbito dos contratos, naturalmente esses eventos serão precificados, afetando diretamente o interesse de licitantes no certame ou, ao menos, impactando diretamente o potencial de arrecadação com a outorga fixa no certame.

Daí dizer que o risco relacionado à concorrência intramodal deve receber o tratamento adequado, seja alocando este risco integralmente ao Concedente ou ainda admitindo algum grau de

¹⁸⁶ “O que defendemos é que ‘por sua conta e risco’ não importa em transferência ao concessionário de todos os riscos inerentes ao empreendimento. Importa, sim, transferência ao concessionário dos riscos que o contrato indicar. Melhor dizendo, são por conta e risco do concessionário aqueles riscos que o contrato expressa ou implicitamente, lhe transferir” (PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 129-131).

compartilhamento em bandas, nas modalidades sujeitas a tais hipóteses, como proposto no Cenário A.

Por fim, coloca-se ainda em evidência o quanto já tratado no capítulo 3.2.3, isto é, da materialização de novas normas, pelo exercício da competência da União.



8. CONCLUSÃO E RECOMENDAÇÕES GERAIS

8.1. O Cenário A como opção mais vantajosa

O Produto Final I apresentou, em linha com as exigências do item 4.2 do Edital de Chamamento Público, os principais aspectos regulatórios relacionados à prestação dos serviços lotéricos no Estado de São Paulo, levantamento este que serve de base à viabilidade jurídica dos Cenários A e B, enquanto modelos de delegação do Projeto.

A partir dos estudos conduzidos neste Relatório, é correto afirmar que **o Cenário A se apresenta como opção mais vantajosa ao Governo do Estado de São Paulo**. Isso porque:

- a) Do ponto de vista operacional, a delegação a um único operador apresenta menores custos à estrutura de regulação e fiscalização dos serviços, além de propiciar maior escala na exploração conjunta das modalidades, certo de que aquelas com maior propensão ao risco – como é o caso da modalidade instantânea ou ainda em razão do advento de novas tecnologias para modalidades que dependem fortemente do canal de vendas online – poderão conviver com certa segurança quando a exploração das demais modalidades possam apresentar menor instabilidade, quase que em um arranjo de “subsídio cruzado”;
- b) A menor exposição do capital privado em razão da superveniência da exploração das modalidades de aposta esportiva ou instantânea pela União afetarão o custo de capital próprio do investidor, de modo que a taxa de remuneração pelo capital próprio será menor do que aquela exigida no Cenário B; é dizer, uma remuneração menor pelo capital investido tende a impulsionar o retorno, em valor presente líquido, do projeto, o que importa no maior interesse de licitantes pelo mercado exclusivo e, conseqüentemente, na potencialização de propostas mais interessantes ao Governo do Estado, ao considerar a outorga fixa como critério de julgamento da futura concorrência;
- c) Apesar do Cenário B pulverizar o número de fornecedores, reduzindo, portanto, o risco de solução de continuidade dos serviços, além de viabilizar a exploração de modalidades de menor investimento em prazo menor – considerando o cenário das apostas esportivas mediante expedição de autorizações de serviços públicos aos agentes interessados – a superveniência da regulamentação da União para a aposta esportiva, assim como a retomada da concessão da LOTEX, poderão impactar severamente a condição de exploração isolada

dessas modalidades, que já iniciam sua operação com custos operacionais maiores do que aqueles em um ambiente de exclusividade (não há ganhos de escala na mesma proporção que o Cenário A). A materialização deste risco, como já relatado, por certo ainda demandará amplos litígios envolvendo discussões sobre desequilíbrios contra o operador além da indenização devida pelos investimentos realizados e não amortizados; e

- d) Por fim, mas não menos importante, o acirramento da competição no Cenário B pode conduzir ao indesejado efeito *cream skimming*, de modo que persevere a exploração dos serviços pelos concorrentes apenas em produtos de maior rentabilidade, frente ao volume de investimentos exigidos, além de incentivar a concentração dos serviços apenas em áreas mais populosas, tendo em vista que a comercialização dos produtos em ambiente online ainda é de menor alcance comparado ao ambiente físico. No limite, a assimetria entre as modalidades exploradas poderá conduzir os lotes explorados em regime de concessão ao indesejável incentivo de abandono dos serviços para exploração da aposta esportiva em regime de autorização.

8.2. Atos normativos que deverão ser criados/alterados para a viabilidade jurídica do Projeto – Cenário A

Como pontuado ao longo deste Relatório, a viabilização do Projeto perpassará inevitavelmente pela organização institucional dos serviços, os quais demandarão a propositura de nova legislação como também a expedição de decreto regulamentador dos serviços.

Busca-se, com referidas minutas, instrumentalizar o regulador com competências para fiscalizar e sancionar o(s) futuro(s) operador(es) dos serviços, como ainda coibir, sobretudo, a atuação irregular de operadores sem autorização para tanto. Tal atribuição somente é possível através de lei em sentido estrito (*princípio da legalidade*). Daí a pertinência de se propor alterações legislativas, nos termos do **Anexo I**, para que o ambiente institucional passe a comportar as seguintes diretrizes:

- a) incumbe à ARSESP a regulação e fiscalização da respectiva exploração dos serviços lotéricos, a fim de garantir o permanente cumprimento das obrigações legais e contratuais assumidas, sobretudo a integridade da distribuição da premiação anunciada e a exatidão do recolhimento dos pagamentos devidos ao Estado;

- b) garantir ao regulador as atribuições de expedir normas, fiscalizar e penalizar o descumprimento dos estatutos legais;
- c) prever autorização para desenvolver mecanismos de cooperação administrativa com outros entes da Federação, em especial em matéria de prevenção e punição de práticas ilícitas relativas a jogos, sorteios e apostas com exploração física ou via rede mundial de computadores;
- d) desenvolvimento de novos projetos no futuro que, aproveitando a experiência deste, fortaleçam os vínculos entre entes estatais e a iniciativa privada na oferta de utilidades das loterias conforme o interesse público;
- e) assegurar o jogo responsável, incluindo a criação de banco de dados com informação atualizada sobre as pessoas que, voluntária, administrativa ou judicialmente, se encontrem impedidas de jogar; e
- f) prever fontes de receitas por serviços a serem prestados (taxas), tais como credenciamento de entidades responsáveis pela homologação de equipamentos, softwares etc., expedição de certidões, licenciamento de pontos de venda, certificações e assim por diante.

Com efeito, o Estado de São Paulo pode promover transferência da execução das modalidades lotéricas para agentes privados, conforme autorizado no âmbito da Lei Estadual nº 17.386/2021, mas, uma vez delegado o serviço de loterias, a ARSESP assume o papel de regulador, desempenhando as funções indicadas no presente estudo.

Esse arranjo institucional nos parece ser aquele que melhor acomoda as tensões existentes no mercado e propicia o desenvolvimento contínuo do setor através de políticas públicas de incentivos, tais como a edição de orientações gerais ou exigências de determinados comportamentos – desde a preservação da integridade dos jogos até a manutenção da atratividade perante o consumidor.

Vale sempre destacar que em relações contratuais de longo prazo, permitir ajustes permanentes é fundamental para preservar a economicidade do contrato e das vantagens para o Poder Público.

Em outras palavras: os contínuos aperfeiçoamentos das relações e dos instrumentos são fundamentais para o sucesso de longo prazo, sobretudo em um mercado no qual compete pela preferência do

consumidor, tal qual o mercado de sorteios e apostas. Como consequência do exposto neste capítulo, segue anexada nossa sugestão de anteprojeto de lei e decreto, de acordo com o **Anexo I**, para atribuir as competências necessárias àquela Agência.



9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Comentários ao art. 5º. In DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael; AURÉLIO, Bruno; FREIRE, André Luiz (coords.). *Parceria Público-Privadas: Teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado contemporâneo*. Boletim de Direito Administrativo. Maio/2002.

ATALIBA, Geraldo. *Possibilidade Jurídica da Exploração de Loterias pelos Estados Federados*. Apud SUNDFELD, Carlos Ari. Revista de Direito Público – RDP, vol. 91, p. 96.

BRASIL FERNANDES, Roberto. *Direito das Loterias no Brasil*. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Regimes tarifários e instrumentos regulatórios de intervenção em preços. In PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luis Felipe Valerim (coord.). *Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 241-242.

CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à teoria geral da administração*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

COHEN, Peter. Beyond the obvious – the economic role of the gambling regulator. *Gaming Law Review and Economics*, volume 18, n. 2, New Rochelle, 2014.

DE ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. *Comentários à Constituição do Brasil*. org. CANOTILHO, J.J. Gomes, STRECK, Lenio, MENDES, Gilmar, SARLET, Ingo. Almedina, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e parceria público-privada*. 12ª Edição. Editora Forense, São Paulo, 2019.

FERNANDES, Roberto Brasil. *Direito das loterias no Brasil: conceitos e aspectos jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Poder constituinte do estado-membro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

FREIRE, André Luiz. *Saneamento básico: competências constitucionais para criar, organizar e prestar os serviços públicos*. Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direitos Difusos e Coletivos. Nelson Nery Jr., Georges Abboud, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/329/edicao-1/saneamento-basico:-competencias-constitucionais-para-criar,-organizar-e-prestar-os-servicos-publicos>>.

FREITAS, Rafael Vêras de. *Todas as concessões têm bens reversíveis?* Disponível em: <<https://www.editoraforum.com.br/noticias/todas-as-concessoes-tem-bens-reversiveis-coluna-direito-da-infraestrutura/>>.

GONÇALVES, Pedro Antonio Pimenta da Costa. *Entidades Privadas com Poderes Públicos*. Coimbra: Almedina, 2005.

GROTTI, Dinorá Musetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. A força normativa do que lá não está: inconstitucionalidade das normas estaduais e municipais que fixam prazo máximo para as concessões comuns. In: *Crise Econômica e Soluções Jurídicas*, n. 59/2015, dezembro de 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Limites conceituais às exigências de capacitação técnico-operacional em licitações*. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, p. 59-86, abr./jun. 2006. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/660/100>>.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Parcerias Público-Privadas nos serviços de loterias estaduais*. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, ano 3, n. 12, abr/jun, 2003.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. *Novo perfil da regulação estatal: administração pública de resultados e análise de impacto regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

PINTO, Gabriela Miniussi Engler. Novos investimentos em concessões e PPPs: contornos e limites. Comissão de Infraestrutura e Desenvolvimento Econômico da OAB/RJ (org.). *Infraestrutura Fluminense: um panorama dos atuais desafios jurídicos*, 2019, pp. 179-212.

PRADE, Pericles. *Parecer à ABRACOS*. Loterias Municipais. 2021.

SAPPINTON, David E. M. *Designing Incentive Regulation. Review of Industrial Organization*. V. 9, p 1994.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Concorrência na prestação dos serviços públicos e seus limites. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 18, n. 71, jul./set. 2020, Belo Horizonte.

SCHWIND, Rafael Wallbach; REISDORFER, Guilherme F. Dias. *A exigência de certificação de qualidade nas licitações públicas e o RDC*. Disponível em: <https://www.justen.com.br/pdfs/IE59/IE59_Rafael_e_Guilherme_RDC.pdf>.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Bens reversíveis nas concessões públicas: a inviabilidade de uma teoria geral. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, vol. 61, n. 2, maio/ago. 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari, CÂMARA, Jacintho Arruda, SOUZA, Rodrigo Pagani de. Os Atestados Técnicos na Licitação e o Problema da Cisão de Empresas. In *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Ano 2, n. 4, jan./fev. 2004. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

TÁCITO, Caio. *Loterias Estaduais* (Criação e regime jurídico). *Revista dos Tribunais*, ano 94, vol. 838, ago. 2005.

10. DEFINIÇÕES

Para os fins do presente estudo, aos termos a seguir, aplicam-se às respectivas definições:

- **Aposta:** ato de escolher números, símbolos, marcas ou resultados de competição esportivas, para concorrer a um prêmio.
- **Aposta Física:** aquela realizada diretamente pelo apostador, utilizando um material impresso, palpável.
- **Aposta Virtual:** aquela realizada pelo apostador em canal eletrônico e/ou via Internet.
- **Apostador:** pessoa natural e capaz, maior de 18 (dezoito) anos que tenha realizado a Aposta Virtual e/ou a Aposta Física.
- **Aposta encerrada:** o momento em que as apostas para o sorteio ou resultado de uma competição esportiva não podem mais serem efetivadas ou distribuídas pelo operador e sua rede de pontos de venda.
- **Arrecadação total:** valor correspondente ao somatório da comercialização de Apostas Físicas e Apostas Virtuais.
- **Autorização:** ato administrativo unilateral que delega precariamente a um particular a execução de certos serviços públicos
- **Bilhete de Loteria:** são as cartelas impressas ou geradas eletronicamente capazes de representar uma ou mais apostas.
- **CAIXA:** Caixa Econômica Federal
- **Casa Lotérica:** pessoa jurídica habilitada para a comercialização de produtos lotéricos.
- **Central de Gestão, Monitoramento e Inteligência Estratégica:** plataforma tecnológica e um conjunto de metodologias e procedimentos que permitem, à Camada de Gestão, realizar as atividades de gestão, monitoramento bem como promover condições para a inteligência estratégica da Loteria Estadual de São Paulo.
- **Credenciamento:** Ferramenta por meio da qual, através de um chamamento público, a Administração forma um cadastro de interessados que atendam a requisitos mínimos para a prestação do serviço. Com isso, delega-se a credenciados, por ato administrativo unilateral e precário, atividade de interesse público, permitindo que sejam remunerados, seja diretamente pelos usuários ou pelo poder público.
- **Escolha rápida/Escolha fácil:** 1) recurso em que o terminal de loteria escolhe aleatoriamente os números para um apostador; ou 2) bilhete de loteria produzido usando o recurso de escolha rápida.

- **Fundação SEADE:** Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados
- **Garantia de Execução do Contrato:** garantia do fiel cumprimento das obrigações do Contrato de Direito Público que deverão ser mantidas pelo Contratado durante toda sua execução.
- **Loteria online:** produtos lotéricos oferecidos por meio de uma página (site) na internet ou por um terminal, em que não há bilhete impresso em meio físico.
- **Jogo responsável:** é um conjunto de ações adotadas pela Loteria do Estado com o objetivo de evitar que menores de 18 anos e incapazes façam apostas e orientar sobre prevenção e tratamento aos danos relacionados com apostas compulsivas.
- **LOTESP** – abreviatura adotada para **Loteria do Estado de São Paulo**.
- **Loteria:** 1) a instituição pública governamental que exerce, entre outras, as funções de regulamentar, fiscalizar e explorar (direta ou indiretamente), as modalidades lotéricas; 2) eventualmente é confundido com o produto lotérico.
- **Modalidade de Apostas Esportivas de Quota-Fixa:** consiste em sistema de apostas relativas a eventos reais de temática esportiva, em que é definido, no momento de efetivação da aposta, quanto o apostador pode ganhar em caso de acerto do prognóstico. Previsão legal: Lei federal 13.756/2018.
- **Modalidade Instantânea Exclusiva:** modalidade que apresenta, de imediato, se o apostador foi ou não agraciado com alguma premiação. O apostador pode escolher um ou uma sequência de marcas, emblemas, hinos, símbolos, escudos e similares relativos às entidades de prática desportiva, implementada em meio físico ou virtual, ou “modalidade na qual os apostadores conhecem os resultados ao revelarem as combinações de números, símbolos ou caracteres que se encontram encobertos em área raspável (Circular 745/2017-CEF). Conhecido como “Scratch game”. Previsão legal: Lei 13.155/2015 e Lei 13.756/2018
- **Modalidade Passiva:** loteria em que o apostador adquire bilhete já numerado, em meio físico (impresso) ou virtual (eletrônico). Exemplo: Loteria Federal. Previsão legal: Decreto-Lei nº 204/1967, alterada pela Lei 13.756/2018
- **Modalidade de Prognóstico Específico.** Consiste na indicação, pelo apostador, de um conjunto de prognósticos sobre números inteiros e de um clube de futebol, definido como Time do Coração, contidos nos impressos divulgadores, denominados volantes, ou nos volantes virtuais dos Canais Eletrônicos. Exemplo: Timemania. Previsão legal: Lei Federal n. 11.345/2006, Decreto nº 6.187/2007, Portaria nº 11/2008 e nº 33/2010 do Ministério da Fazenda, Portaria 8.061/2019 do Ministério da Economia
- **Modalidade de Prognósticos Esportivos:** loteria em que o apostador tenta prever o resultado de eventos esportivos. Exemplos: Loteca e Lotogol. Previsão legal: Decreto-Lei nº

594/1969, regulados pela Portaria do Ministério da Fazenda nº 356/1987(alteração em 1989) Portaria do Ministério da Fazenda nº 78/2012, Portaria SECAP nº 8.061/2019.

- **Modalidade de Prognósticos Numéricos:** loteria em que o apostador tenta prever quais serão os números sorteados no concurso. Exemplos; Mega-sena, Quina, Lotomania, Duplasena, Lotofácil e Dia da Sorte. Previsão legal: Lei nº 6.717/1979, regulados pela Portaria do Ministério da Fazenda nº 30/2008 e nº 78/2012, Portaria SEAE nº 41/2016, Portaria SEFEL nº 03/2018, Portaria SECAP nº 15.141/2020 e Lei nº 13.756/2018.
- **Modalidade Lotérica:** são tipos normativos, previstos em lei em sentido estrito (de competência da União), que permitem à Administração Pública (Poder Executivo) criar ou homologar, por atos regulamentares, Produtos Lotéricos. Modalidades Lotéricas são diferentes formas e possibilidades de exploração, previstas em lei federal.
- **NET WIN:** é o resultado da arrecadação do total apostado, subtraído os prêmios apurados no evento e tributos incidentes sobre a operação. Conceituado como GGR – Gaming Gross Revenue.
- **Operação Lotérica:** conjunto de serviços que resultam na execução do objeto contratado.
- **Pari-mutuel:** regra de apuração do valor, em que o prêmio é um percentual do total arrecadado na campanha, evento ou período, conforme disposto no regulamento. Conceituado como prêmio rateado.
- **PAYOUT:** percentual do valor arrecadado, destinado ao prêmio.
- **Pontos de Venda – PDV's:** o(s) ponto(s) físico(s) ou não físico de comercialização das Apostas.
- **Permissão:** regime de delegação **contratual** de serviços públicos.
- **Plano Lotérico:** conjunto de regras que define a quantidade e preço das apostas, a quantidade, a qualidade e o valor dos prêmios, a probabilidade de premiação, o prazo previsto de circulação e as demais especificações que compõem um produto lotérico e/ou uma série de sorteios e produtos.
- **Plano de Premiação:** conjunto de regras que definem os bens que serão entregues aos apostadores vencedores, bem como a forma de resgate, prazos de prescrição, fórmula do cálculo do prêmio para apostas de cota fixa ou rateio entre os vencedores.
- **Ponto Lotérico:** pessoa física ou jurídica habilitada para a comercialização de produtos lotéricos.
- **Prazo de prescrição da premiação:** período que o apostador tem o direito ao resgate do prêmio.
- **Preço da aposta:** valor da aposta física ou da aposta virtual, expresso em moeda corrente nacional.

- **Premiação ou prêmio:** é o bem ou dinheiro atribuído à(s) aposta(s) vencedora(s), decorrente do sorteio ou resultado da competição esportiva.
- **Premiação Fixa:** é o prêmio a ser pago ao vencedor, independentemente do volume de venda de determinada série de bilhetes ou aposta.
- **Prêmios não reclamados:** são os bens ou valores reservados a título de prêmio, que passado o prazo de prescrição sem que o ganhador tenha se identificado com o comprovante da aposta vencedora, serão transferidos à Loteria do Estado.
- **Premiação Variável:** o mesmo que pari-mutuel.
- **Produto Lotérico:** é a expressão, por meio de atos regulamentares, do uso da oportunidade e conveniência do administrador público ao decidir explorar uma determinada modalidade lotérica tipificada em lei stricto sensu, criando ou homologando seu produto próprio.
- **Random Number Generator (RNG):** sistema computadorizado, adotado para sorteio aleatório.
- **Remuneração do Poder Público:** percentual previsto nas condições gerais do produto, referente a parte da arrecadação que pertence à Loteria do Estado.
- **Resgate:** processo de apresentação e processamento de reivindicação do prêmio correspondente.
- **Retenção Tributária:** quantia que deve ser retida do prêmio do vencedor para o pagamento do Imposto de renda sobre a premiação (art. 56 da Lei Federal 11.941/2009).
- **Rollover:** O acúmulo contínuo do prêmio decorrente de um sorteio, quando os números sorteados não são correspondidos por nenhum bilhete vendido ou aposta registrada.
- **Sala Situacional:** ambiente físico a ser instalado na Camada de Gestão cujo objetivo é permitir a Gestão, a Fiscalização, o Monitoramento e a Inteligência Estratégica da Loteria.
- **Série:** conjunto de apostas que obedecem a um mesmo Plano de Premiação.
- **Sistema de jogo:** Todos os componentes usados na prestação de serviços de loteria, como computador central, computador de backup, terminais de loteria e rede de telecomunicações.
- **Sorteio:** procedimento que revela, aleatoriamente, o resultado ganhador.
- **Sweep Account:** é a conta do apostador ou do produto, bancária ou não, que permite à loteria creditar ou debitar fundos a um varejista por meio de transferências eletrônicas de fundos (TEF), incluindo as premiações.
- **Terminal:** dispositivo eletrônico usado para realizar apostas, com ou sem impressão de bilhete lotérico.
- **Terminal de autoatendimento** um equipamento de autoatendimento, eletrônico e autônomo, conectado a um sistema central de produtos lotéricos, no qual é possível apostar numa variedade de produtos, conforme sua escolha e disponibilidade do terminal.

- **Validação:** procedimento adotado para confirmar a validade de um bilhete de loteria, físico e não físico.

Para compreender os termos acima abordados e, também, como o Estado de São Paulo pode auferir receitas não tributárias decorrentes das atividades lotéricas, é indispensável adotar os conceitos e marcar a diferença entre Loteria, Modalidade Lotérica e Produto Lotérico. Assim sendo, considera-se:

Loteria¹⁸⁷, é o termo que designa a instituição que exerce, entre outras, as funções de regulamentar, fiscalizar e explorar (direta e indiretamente), as modalidades lotéricas no Estado de São Paulo.

Modalidades Lotéricas são tipos normativos, previstos em lei em sentido estrito (de competência da União), que permitem¹⁸⁸, à Administração Pública (no caso o Poder Executivo de São Paulo) criar ou homologar, por atos regulamentares, Produtos Lotéricos. Dito de outra forma, Modalidades Lotéricas são diferentes formas e possibilidades de exploração, previstas em lei federal. Exemplo desta dinâmica são as modalidades de prognósticos numéricos, modalidade de prognóstico específico etc., previstos na Lei Federal n. 13.756/2018¹⁸⁹

Produtos Lotéricos são a expressão, por meio de atos regulamentares¹⁹⁰, do uso da oportunidade e conveniência do administrador público ao decidir explorar uma determinada modalidade lotérica tipificada¹⁹¹ em lei stricto sensu, a exemplo da denominada “Mega-Sena”, “Loteca”, “Lotomania”, “RaspaLoterj”, “Totolot”, “Totolec Show” etc.

Destaca-se a importância e pertinência de uma terminologia adequada à competência estadual no serviço lotérico, quanto à utilidade da classificação resgatada neste estudo, para que não se distancie da correta interpretação conferida no julgamento das ADPF 492/STF e ADPF 493/STF. A distinção entre Loteria, Modalidade Lotérica e Produto Lotérico é um fator de valorização e defesa do exercício da competência estadual para exploração de atividades lotéricas, o que está em plena consonância com a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

É que o uso indistinto da palavra Loteria gera confusão entre a figura da entidade responsável pela administração da atividade – como é o caso da Loteria de São Paulo – em face da própria atividade ou operação, propriamente dita, de exploração do serviço público. A distinção ganha ainda maior

¹⁸⁷ FERNANDES, Roberto Brasil. **Direito das loterias no Brasil:** conceitos e aspectos jurídicos. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

¹⁸⁸ Na lição de Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, atualmente [...] tem prevalecido, na doutrina clássica e na praxe jurídica brasileira a vinculação positiva da Administração à lei. Vale dizer: a atuação do administrador depende de prévia habilitação legal para ser legítima. Na célebre lição de Hely Lopes Meirelles, apoiado em Guido Zanobini: “Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública é permitido fazer o que a lei autoriza”. (**Curso de Direito Administrativo**. Ed. Método, 2014, p. 26).

¹⁸⁹ Artigo 14 da Lei 13.756/2018.

¹⁹⁰ “O poder normativo das entidades administrativas, exercido com fundamento em norma legal, não decorre da delegação propriamente dita operada pelo legislador, mas, ao contrário, é inerente à função administrativa e pode ser exercido dentro dos limites fixados em lei. É conferido à Administração Pública o poder de regulamentar a legislação, esclarecendo-a e detalhando-a de forma a possibilitar a sua concretização” OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de, *Novo perfil da regulação estatal: administração pública de resultados e análise de impacto regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 232.

¹⁹¹ Na doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a tipicidade é um dos atributos do ato administrativo: [...] o ato deve corresponder a figuras definidas previamente pela lei como aptas a produzir determinados resultados. Para cada finalidade que a Administração pretende alcançar existe um ato definido em lei. (**Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Forense, p. 282). Registre-se, de toda sorte, que parcela da doutrina entende que a tipicidade não é um dos atributos do ato administrativo (vide o já citado autor Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, *in* **Curso de Direito Administrativo**). No caso específico das Loterias estaduais, em se tratando da exploração de modalidades lotéricas, entendemos que o acórdão do Supremo Tribunal Federal impôs aos estados o requisito da tipicidade (por força da S.V. n. 2), posto que necessariamente o ato administrativo do executivo estadual (exploração lotérica) precisa estar permitido em lei em sentido estrito (lei federal).

relevância após o julgamento do STF nas referidas ADPFs ter assegurado a todos os Estados e o Distrito Federal viabilizar as atividades lotéricas por meio da instituição de Loterias próprias.



11. RESTRIÇÕES DE ACESSO E CONFIDENCIALIDADE

Este Projeto, em toda sua integralidade, é de uso exclusivo e restrito do Governo do Estado de São Paulo e de seus autores.



12. EQUIPE RESPONSÁVEL

Este Projeto foi concebido e desenvolvido, em toda sua integralidade, pelas seguintes empresas integrantes do Consórcio Lotesp:

CORDEIRO, LIMA E ADVOGADOS

O Escritório Cordeiro, Lima e Advogados foi fundado em 2008, voltado desde a sua origem à completa assessoria (full service) de clientes em setores regulados, especialmente em serviços públicos de transporte e mobilidade urbana.

Dentre os projetos de maior relevância recentemente estruturados pelo escritório, destacam-se: (i) Novo Sistema de Bilhetagem Eletrônica do Estado do Rio de Janeiro (2020 - em desenvolvimento); (ii) Novo Sistema de Bilhetagem Eletrônica do Estado de São Paulo (2019 - ABASP); (iii) Prorrogação antecipada do Contrato de Concessão EMTU/SP nº 020/1997 (2019/2021); (iv) Novo modelo do Sistema de Transporte Coletivo de São Luís/MA (2014-2016).

LOTESP

FERNANDES E FERNANDES ADVOGADOS ASSOCIADOS

FERNANDES E FERNANDES ADVOGADOS ASSOCIADOS, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/ME sob o n. 07.666.681/0001-70, com sede na Rua 3.250, n. 450, CEP 88330-278, na cidade de Balneário Camboriú/SC, na pessoa de seu advogado sócio Roberto Carvalho Brasil Fernandes, com apoio dos advogados Daniel Fernandes, Rafael Biasi e Alexandre Amaral Filho, que atuam com foco no Direito das Loterias no Brasil.

Integraram à equipe das empresas, os seguintes consultores:

FLÁVIO MARCOS NEUENSCHANDER MACIEL

Empresário, brasileiro, analista de sistemas, diretor executivo da Social Solutions Tecnologia Ltda, com inscrição no CPF sob n. 375.143.501-87.

E-mail: flavio.maciel@socialsolutions.com.br

Telefone: +55 61 9 8151-0106 / +55 31 9 9780-8090

Analista de sistemas, aviador, paraquedista, piloto de automóveis, consultor, palestrante e gestor de projetos. Idealizador e responsável pelo desenvolvimento e implantação do Sistema de Logística e Manutenção de Aeronaves da Força Aérea Brasileira. Responsável Técnico por projetos de logística na Marinha do Brasil e de modernização de aeronaves com a Embraer. Idealizador e responsável pelo desenvolvimento e implantação de projetos de desenvolvimento socioeconômico e capacitação para os governos de Minas Gerais, Distrito Federal, Amapá e diversos municípios. Idealizador e responsável pelo desenvolvimento e implantação do Sistema Integrado de Gestão de Políticas Públicas, responsável pela gestão e desenvolvimento da base social do Estado do Piauí, do Estado do Amazonas e diversos municípios. Idealizador e responsável pelo desenvolvimento e implantação da Loteria do Estado do Piauí, a primeira loteria online do País. Cofundador e integrante da equipe de concepção e desenvolvimento do site de apostas esportivas direcionado ao público de e-sports, YATTABET.

ROBERTO CARVALHO BRASIL FERNANDES

Advogado, brasileiro. Sócio do escritório Brasil Fernandes Advogados, inscrito no CPF sob n. 563.325.309-44 e na OAB/SC 20080.

E-mail: roberto@brasilfernandes.adv.br

Telefone: +55 47 9 9918 6813/33609231

Pós-graduado em Direito Aduaneiro e Comércio Exterior pela Universidade do Vale do Itajaí. Capacitado em Negócios Internacionais pela Universidade Corporativa do Banco do Brasil. Membro efetivo do IAB Nacional – Instituto dos Advogados Brasileiros - matrícula 04028. Membro da Comissão Especial de Direito dos Jogos Esportivos, Lotéricos e Entretenimento da Ordem dos Advogados do Brasil. Conferencista convidado sobre o tema “Loteria”, pela Clarion Eventos nos seminários denominados ICE/Londres-UK2016, BGC/Brasília-2017, BGC/São Paulo-2018, OGS/Pacaembu.SP-2018. Foi advogado da ABLE – Associação Brasileira das Loterias Estaduais com atuação na Defesa das Loterias no Supremo Tribunal Federal na ADI

3277/PB, ADI2996/SC, Arguição de Nulidade da SV02/STF e da ADPF 493. Foi credenciado na Câmara dos Deputados para representar os interesses das Loterias estaduais (RICD/3.008.963). Foi convidado pelo programa Grandes Julgamentos do Supremo Tribunal Federal para debater o assunto das Loterias e jogos. Conferencista no II Encuentro Latinoamericano Del Juego/Peru Gaming Show/2009, no seminário Desafios e Perspectivas para Regulamentação dos Jogos/ALMG-Minas Gerais/2015, Jogos da Fortuna à Luz da Constituição/OAB do Rio de Janeiro/2017 e outros; Autoridade convidada pela Comissão Especial do Marco Regulatório dos Jogos no Brasil (2018 e 2019) para expor a perspectiva das Loterias Estaduais e interesse nos projetos de Lei que tramitam na Câmara dos Deputados; autor de diversos artigos sobre o mercado de “Jogos/gaming” no Brasil. Autor do Livro Direito das Loterias no Brasil, publicado pela editora Fórum no ano de 2020.

MARCELLO M. CORRÊA

Advogado, brasileiro.

Inscrito no CPF sob n. 081.555.907-04

E-mail: marcellorioluz@hotmail.com

Telefone: +55 21 98877-8679



Atual Assessor Jurídico Chefe da Loteria do Estado do Rio de Janeiro – LOTERJ (desde 2014). Advogado (Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ) e Mestre em Ciência Política - Regulação Econômica (Universidade Federal Fluminense - UFF). Colaborador e Instrutor dos cursos de Direito Empresarial, Estratégia e Negociação do Instituto Brasileiro de Executivos de Finanças – IBEF (desde 2005); Coordenador e Instrutor do curso fusões e aquisições – aspectos jurídicos e econômicos – Fundação MUDES (2003/2005); Professor de Direito Tributário da Universidade Santa Úrsula (2004/2005); Professor do módulo de Direito Econômico do MBA em Direito Público da Escola Superior de Advocacia – ESA (2004/2005); e Professor do módulo de Processo Tributário da Pós-Graduação em Direito Tributário da Universidade Candido Mendes – UCAM (2004).

ANDRÉ BERGHOLZ

Consultor, brasileiro.

Inscrito no CPF sob n. 153.228.071-87

E-mail: andre@evirtual.com.br

Telefone: +55 61 98111-4300

Arquiteto, Mestre em Planejamento Urbano, cursou Doutorado em Sociologia na área de Ciência, Tecnologia e Sociedade. Foi Professor concursado da Universidade de Brasília – UnB. Analista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq por mais de 10 anos. Pesquisador com trabalhos apresentados e publicados nos mais diversos fóruns incluindo Administração de Ciência e Tecnologia, Planejamento Urbano, Simulação e Treinamento Militar, Informática... Empreendedor desde 1992, com a Espaço Virtual. Palestrante e Consultor, atendendo instituições privadas e públicas como Organização Panamericana de Saúde – OPAS e CNPq.

GUSTAVO VISCARDI

Economista, brasileiro.

Inscrito no CPF sob n. 220.013.178-08

E-mail: gustavo@gclconsultoria.com.br

Telefone: +55 11 99123-9783



Formado em economia pela UNICAMP e pós-graduado em Finanças pelo IBMEC-SP. Possui experiência de mais de 15 anos em consultoria econômica, controladoria, planejamento estratégico e financeiro de empresas em diversos segmentos, realização de estudos para concessão e reequilíbrio de contratos de transporte público coletivo sob pneus e trilhos, estudos de viabilidade para projetos de infraestrutura, consultoria econômica para montagem de projetos de PMI (Procedimento de Manifestação de Interesse) em diversos setores. Ocupou os cargos de Sócio na S&H Consultoria Financeira, Conselheiro em empresas privadas e Gerente Financeiro e Diretor Geral no Grupo Libra.

LOTESP 