



# ANÁLISE JURÍDICO-REGULATÓRIO



*Procedimento de Manifestação de Interesse - PMI  
Edital de Chamamento Público N° 004/2021*



## Sumário

<b>Introdução.....</b>	<b>6</b>
<b>1. Capítulo I – Análise jurídico institucional, legal e regulatória dos serviços públicos de Loterias .....</b>	<b>11</b>
1.1. Análise do arcabouço legislativo em âmbito estadual e federal (item 4.2, “a”, do Edital do PMI) .....	11
1.2. Aspectos regulatórios no trâmite legislativo (item 4.2, “a”, do Edital do PMI) .....	28
1.3. Análise de decisões dos Tribunais Superiores (item 4.2, “a”, do Edital do PMI) .....	31
1.4. Tributação de Lotéricas.....	42
1.5. Incertezas, problemas e riscos.....	53
1.5.1. Limitação do poder normativo dos Estados na regulamentação da prestação do serviço .....	53
1.5.2. Desafio tecnológica .....	58
1.5.3. Concorrência com outros jogos e/ou concursos.....	59
1.6. Identificação dos incentivos jurídico regulatórios capazes de potencializar os serviços lotéricos (Item 4.2, do Edital do PMI).....	61
1.6.1. Lei Geral de Proteção de Dados.....	61
1.6.1.1. Do dever da delegatária em obedecer ao conteúdo da LGPD ....	62
1.6.1.2. Oportunidade de negócios no tratamento de dados (receita acessória) .....	66
1.6.1.3. Riscos regulatórios relacionados com a LGPD .....	67
<b>2. Capítulo II – Modelos de delegação .....</b>	<b>71</b>
2.1. Regime jurídico da prestação do serviço público de loterias.....	71
2.1.1. Autorização .....	73
2.1.2. Credenciamento.....	76
2.1.3. Permissão .....	81



2.1.4. Avaliação da viabilidade técnica e econômica para a exploração de serviços lotéricos por instrumento precário .....	85
2.1.5. Concessão de serviço público.....	88
2.1.5.1. Competição no mercado .....	93
2.1.5.2. Competição pelo mercado .....	96
2.1.5.2.1. Competição pelo mercado com múltiplos operadores .....	98
2.1.5.2.2. Competição pelo mercado com exclusividade.....	102
2.2. Conclusão .....	105
2.2.1. Cenário A .....	106
2.2.2. Cenário B .....	107
<b>3. Capítulo III – Comparação de modelos .....</b>	<b>109</b>
3.1. Identificação das diferenças entre cenário A e cenário B.....	109
3.2. Cenário A .....	111
3.2.1. Vantagens sociais, econômicas e jurídicas.....	111
3.2.2. Diretrizes gerais para viabilização do modelo (indispensáveis, inconvenientes e inadmissíveis).....	114
3.2.3. Incertezas, incentivos e riscos .....	116
3.2.4. Propostas de alterações regulatórias .....	116
3.3. Cenário B .....	117
3.3.1. Vantagens sociais, econômicas e jurídicas.....	117
3.3.2. Diretrizes gerais para viabilização do modelo (indispensáveis, inconvenientes e inadmissíveis).....	118
3.3.3. Incertezas, incentivos e riscos .....	120
3.3.4. Propostas de alterações regulatórias .....	121
3.4. Análise SWOT entre cenários A e B (item 4.2, “f”, do edital do PMI) ..	122
3.4.1. Cenário de Concessão Com Exclusividade (Cenário A) .....	122
3.4.2. Cenário de Concessão Sem Exclusividade (Cenário B) .....	123
3.5. Conclusão .....	124
<b>4. Capítulo IV – Análise das vantagens e desvantagens para o Cenário A .....</b>	<b>126</b>



4.1.	Solidez do modelo jurídico para o cenário A, art. 16 da Lei 8.987 .....	126
4.2.	Identificação de eventuais ganhos de escala quanto aos investimentos investigados, tecnologia desenvolvida e pontos de distribuição (item 4.2, “k”, i, do Edital do PMI).....	128
4.3.	Avaliação quanto aos prejuízos da prestação por um fornecedor para mais de uma modalidade (item 4.2, “k”, ii, do Edital do PMI) .....	129
4.4.	Conclusão .....	130
<b>5.</b>	<b>Capítulo V – Alocação de riscos .....</b>	<b>132</b>
5.1.	Principais Responsabilidades da Concessionária .....	183
<b>6.</b>	<b>Capítulo VI – Principais diretrizes da Licitação e Contrato de Concessão (Cenários A e B, conforme o caso).....</b>	<b>185</b>
6.1.	Licitação: aspectos gerais .....	185
6.1.1.	Forma .....	185
6.1.2.	Modalidade e Processamento do Certame.....	185
6.1.3.	Critério de julgamento.....	185
6.1.4.	Participação no certame .....	190
6.1.5.	Exigência editalícia para Combater Lavagem de Dinheiro .....	191
6.1.6.	Habilitação .....	193
6.1.7.	Garantia da proposta .....	196
6.1.8.	Condições de Assinatura do Contrato de Concessão .....	196
6.2.	Contrato de concessão: aspectos gerais .....	197
6.2.1.	Do objeto a ser concedido .....	197
6.2.2.	Subcontratação e Gestão de PDVs .....	198
6.2.3.	Prazo de vigência .....	198
6.2.4.	Política de Preço Público.....	198
6.2.5.	Receitas acessórias.....	201
6.2.6.	Reversão de bens.....	202
6.2.7.	Requisito de certificação do concessionário - boas práticas de mercado .....	202



6.2.8.	Reequilíbrio Econômico-Financeiro para Alterações Supervenientes nas condições de competição .....	206
6.2.9.	Reequilíbrio Econômico-Financeiro decorrente dos serviços lotéricos não serem serviços essenciais.....	208
6.2.10.	Extinção antecipada amigável da concessão.....	209
6.2.11.	Solução de Controvérsias .....	209
6.3.	Detalhamento de informações para o Caderno de Encargos da Concessão e/ou formulação da Proposta Técnica .....	211
6.3.1.	Do objeto a ser concedido Requisito de integração de sistema de informação de todos os produtos lotéricos .....	211
6.3.2.	Do objeto a ser concedido Requisitos e funcionalidades dos sistemas do concessionário .....	212
6.3.3.	Requisito de distribuição de portfólio dos produtos lotéricos .....	213
6.3.4.	Requisitos de escala e de integração .....	213
6.3.5.	Requisito de <i>business intelligence</i> .....	214
6.3.6.	Requisito de segurança .....	214
6.3.7.	Requisito de desempenho .....	214
6.3.8.	Requisito de sistemas de suporte à operação .....	215
6.3.9.	Diretrizes para Bilhetes.....	215
6.3.10.	Das diretrizes para os serviços de comercialização e vendas ..	217
<b>7.</b>	<b>Bibliografia .....</b>	<b>224</b>
<b>Anexo A -</b>	<b>Minuta de Normativo para Cobrança de Valores .....</b>	<b>227</b>



## Introdução

O presente relatório foi elaborado conforme autorização emitida pelo Conselho Diretor do Programa Estadual de Desestatização no âmbito do Edital de Chamamento Público 004/2021, para implantação e operação dos serviços lotéricos no Estado de São Paulo. A autorização foi emitida por meio de comunicado publicado em Comunicado no Diário Oficial do Estado de São, Poder Executivo - Seção I, na data de 26 de agosto de 2021.

Nos termos do Edital de Chamamento Público, item 2. 1, os estudos têm como objeto a análise de viabilidade, levantamentos, investigações, dados, informações técnicas, projetos ou pareceres para a implantação e operação de serviços lotéricos no Estado de São Paulo, abrangendo os possíveis modelos de delegação à iniciativa privada.

Adicionalmente, além da premissa disposta no Edital de Chamamento Público, há de se considerar que, em um contexto de enxugamento da máquina do Estado, a Administração Pública tem focado sua atuação em atividades materialmente mais relevantes, tais quais saúde, educação e a regulação. Trata-se de uma opção administrativa que visa a focar os escassos recursos públicos em atividades de maior importância.

A exploração direta de uma loteria por um órgão estatal parece não trazer benefícios quando comparada com a delegação dos serviços à iniciativa privada, fomentando desenvolvimento tecnológico e maior flexibilidade na comercialização dos serviços públicos lotéricos.

Convém lembrar aqui que os processos entre a tomada de decisão pelo Poder Público e a execução (fluxogramas) envolve muitas etapas formais e isso demanda tempo. Além do tempo, há, muitas das vezes, dúvidas quanto à legalidade de novos ajustes comerciais (risco jurídico associado), situação que não incentiva inovação.

Vamos ilustrar: o órgão público deseja imprimir bilhetes de loteria instantânea e para tanto realiza um pregão<sup>1</sup>. Entre fase interna e externa, tal procedimento de seleção pode levar, facilmente, de 60 até 90 dias até a adjudicação do contrato. Paralelamente, no setor privado o mesmo processo pode ser realizado entre 10 e 15 dias.

Vamos continuar no exemplo da impressão do bilhete de loteria: em certo momento, verifica-se que há demanda por bilhetes com dimensões diversas da selecionada no pregão. Para atender tal demanda de consumo, o ente público deverá realizar nova seleção ou aditar o contrato existente. Se ele decidir

---

<sup>1</sup> Lei 10.520/2002 - Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.



por aditar, deverá não só justificar tal decisão, como proceder com as pesquisas de preço e submeter o termo aditivo ao setor jurídico (para fins de cumprimento do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93). Estimamos que tal procedimento leve, razoavelmente, entre 10 e 20 dias para ser realizado. Já no setor privado, tal decisão leva, praticamente, o tempo de elaborar um pedido para gráfica.

Neste exemplo, também deve ser considerado que o procedimento público é crivado pelo Tribunal de Contas competente que, pode entender diversamente dos motivos apresentados e concluir que a realização de um termo aditivo na verdade suprimiu a necessidade de novo certame e, por consequência, penalizar o administrador público - e tal decisão pode ser tomada desconsiderando se ela foi ou não “vantajosa” para o Erário. Como resultado, é comum que a gestão pública tarde para adotar soluções empresariais, por vezes delongando a solução de determinada demanda do mercado.

No meio privado, os incentivos são outros, como, por exemplo, o lucro e a manutenção do emprego. Resultado: o executivo tende a inovar porque quer apresentar lucro para seu empregador (ou sociedade) e manter seu emprego (ou reputação).

É verdade que a prestação direta pelo Estado permite maior controle da operação dos serviços lotéricos, por exemplo, potencialmente assegurando preocupações sociais, adoção de práticas de jogo responsável e combate direto a lavagem de dinheiro. Contudo, entendemos que estes elementos igualmente podem ser adotados em um modelo de delegação dos serviços à iniciativa privada, com tratamento regulamentar ou contratual para direcionar os operadores ao interesse público ao mesmo tempo em que resguarda os benefícios da eficiência e dinamicidade da atuação empresarial.

Sendo assim e considerando uma matriz de incentivos, entendemos que a operação lotérica deve ser planejada e executada por agente privado, dada as suas características, dentre elas, e com destaque, o fato de os bilhetes de loterias serem produtos de consumo não essencial, ou seja, constituem produtos de consumo opcional e elástico. As atividades lotéricas não são serviços públicos essenciais, como o fornecimento de energia ou de água, que são inafastáveis do consumo humano e detém intrínseca relação de essencialidade, reconhecida pela legislação (p.ex. Lei nº 7.783, de 1989). A atividade lotérica e o seu consumo são dinâmicos e precisam ser incentivados dentro de padrões de mercado, com responsabilidade social, o que favorece a necessidade de sua exploração pela iniciativa privada, atraindo outras consequências que serão abordadas neste Estudo.



Dessa forma, a análise a seguir leva em consideração apenas a hipótese de a prestação do serviço público de loteria ser exercido por meio de delegação à iniciativa privada.

Por fim, a tabela abaixo apresenta **as correlações dos assuntos abordados no caderno com os pontos presentes no edital**, a fim de fornecer uma melhor compreensão e leitura:

Tópico do Edital	Localização no caderno
a) Análise jurídico institucional, legal e regulatória pertinentes ao projeto, tanto em âmbito estadual como federal, incluindo aspectos regulatórios em trâmite legislativo, assim como decisões dos Tribunais Superiores acerca da prestação de serviços lotéricos que se demonstrem relevantes à delegação objeto deste Edital	Capítulo I
b) Identificação de incertezas, problemas e riscos decorrentes do resultado da análise disposta no item “a”	Capítulo I
c) Identificação dos incentivos jurídico-regulatórios capazes de potencializar a prestação dos serviços lotéricos	Capítulo I
d) Indicação do(s) modelo(s) jurídico(s) proposto(s) para a contratação, pelo Estado de São Paulo, do(s) operador(es) de serviços lotéricos, considerando, obrigatoriamente, cada um dos Cenários “A” e “B”, contendo: i. avaliação comparativa entre os modelos propostos e outros modelos juridicamente possíveis, indicando as vantagens sociais, econômicas e jurídicas; ii. as diretrizes gerais para viabilização do(s) modelo(s) proposto(s), na visão do Interessado, classificando-as em: (i) indispensáveis; (ii) convenientes; e (iii) inadmissíveis; e (iii) indicação de possíveis opções regulatórias e providências no geral que viabilizem tais formas de contratação, como alterações legislativas, por exemplo.	Capítulos II e III



e) Identificação de eventual diferença entre os Cenários “A” e “B” quanto às incertezas, problemas, riscos e incentivos, descritos nas alíneas “b” e “c” acima	Capítulos II e III
f) Análise SWOT, considerando as alternativas de estrutura regulatória apresentadas no Produto	Capítulo III
g) Mapeamento de certificações aplicáveis ao serviço de loteria, e avaliação quanto à viabilidade de sua exigência do(s) futuro(s) operador(es) dos serviços lotéricos, bem como do prazo estimado para tal obtenção	Capítulo VI
h) Mapeamento dos principais riscos que devem ser endereçados pelo projeto, considerando os Cenários “A” e “B” e o(s) modelo(s) jurídico(s) proposto(s) na forma da alínea “d” acima, contendo: (i) as justificativas para a eleição de cada risco entre os mais relevantes para o projeto; (ii) as consequências antevistas na hipótese de materialização do risco; e (iii) a proposta de alocação do risco e de medidas para a sua mitigação	Capítulo V
i) Proposta de alocação de responsabilidades entre as partes, considerados cada um dos modelos propostos na forma da alínea “d” acima	Capítulo V e VI
j) Avaliação da viabilidade técnica e econômica da exploração de serviços lotéricos através de instrumento jurídico precário, sem garantia de prazo mínimo de exploração	Capítulo II
k) Avaliação comparativa, considerando apenas o Cenário “A”, das vantagens e desvantagens da atribuição, a um mesmo operador de serviços lotéricos, do direito de exploração de mais de uma modalidade lotérica, contendo, no mínimo: (i) Identificação de eventuais ganhos de escala quanto aos investimentos realizados, tecnologia desenvolvida e pontos	Capítulo IV



de distribuição; (ii) Avaliação quanto a potenciais prejuízos resultantes da concentração de mais de uma modalidade lotérica com um único prestador.	
--	--

## 1. Capítulo I – Análise jurídico institucional, legal e regulatória dos serviços públicos de Loterias

### 1.1. Análise do arcabouço legislativo em âmbito estadual e federal (item 4.2, “a”, do Edital do PMI)

Os jogos de azar são vedados pelo Direito brasileiro, observado o artigo 50<sup>2</sup> do Decreto-Lei nº 3.688/1941, conhecido como Lei de Contravenções Penais. Promover ou fazer extrair loteria em contrário ao autorizado na lei também é proibido, nos termos do art. 51<sup>3</sup> da mesma Lei de Contravenções Penais, havendo outros diversos dispositivos penais interferindo na livre atuação lotérica no país<sup>4</sup>.

A justificativa das proibições é clara: o interesse na saúde pública, impactada quando da exploração desmedida de jogos e loterias.

Como resultado, não é permitida a exploração de jogos de azar, sendo facultada a exploração de serviços lotéricos dentro daquilo que a legislação autorizar.

Em regra, os serviços de loterias federais e estaduais são regulados, naquilo que couber, pelo Decreto-Lei nº 204, de 1967, assim como pelo

---

<sup>2</sup> Art. 50. Estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele: Pena – prisão simples, de três meses a um ano, e multa, de dois a quinze contos de réis, estendendo-se os efeitos da condenação à perda dos moveis e objetos de decoração do local. § 1º A pena é aumentada de um terço, se existe entre os empregados ou participa do jogo pessoa menor de dezoito anos. § 2º Incorre na pena de multa, de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), quem é encontrado a participar do jogo, ainda que pela internet ou por qualquer outro meio de comunicação, como ponteiro ou apostador. § 3º Consideram-se, jogos de azar: a) o jogo em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte; b) as apostas sobre corrida de cavalos fora de hipódromo ou de local onde sejam autorizadas; c) as apostas sobre qualquer outra competição esportiva. § 4º Equiparam-se, para os efeitos penais, a lugar acessível ao público: a) a casa particular em que se realizam jogos de azar, quando deles habitualmente participam pessoas que não sejam da família de quem a ocupa; b) o hotel ou casa de habitação coletiva, a cujos hóspedes e moradores se proporciona jogo de azar; c) a sede ou dependência de sociedade ou associação, em que se realiza jogo de azar; d) o estabelecimento destinado à exploração de jogo de azar, ainda que se dissimule esse destino.

<sup>3</sup> Art. 51. Promover ou fazer extrair loteria, sem autorização legal: Pena – prisão simples, de seis meses a dois anos, e multa, de cinco a dez contos de réis, estendendo-se os efeitos da condenação à perda dos moveis existentes no local. § 1º Incorre na mesma pena quem guarda, vende ou expõe à venda, tem sob sua guarda para o fim de venda, introduz ou tenta introduzir na circulação bilhete de loteria não autorizada. § 2º Considera-se loteria toda operação que, mediante a distribuição de bilhete, listas, cupões, vales, sinais, símbolos ou meios análogos, faz depender de sorteio a obtenção de prêmio em dinheiro ou bens de outra natureza. § 3º Não se compreendem na definição do parágrafo anterior os sorteios autorizados na legislação especial.

<sup>4</sup> É o caso dos artigos 53 a 58 da Lei de Contravenções Penais.



Decreto-Lei nº 6.259, de 1944<sup>5</sup>. Isso tudo porque, o art. 33 do Decreto-Lei nº 204, de 1967, prevê que naquilo que não colidir com as suas disposições, as loterias estaduais continuarão regidas pelo Decreto-Lei nº 6.259, de 1944.

Curioso notar que o Supremo Tribunal Federal (STF) não considerou, em suas razões de decidir do julgamento das ADPFs nº 492 e 493, a referida legislação inconstitucional, ou mesmo não recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Isso não quer dizer, por outro lado, que a integralidade de ambas as normas deva ser interpretada como automaticamente constitucional e/ou recepcionada pela Carta de 1988, aplicável às loterias dos estados. O dispositivo dos acórdãos somente analisa a constitucionalidade de determinados dispositivos normativos, como iremos avaliar em tópico específico deste Estudo.

De todo modo, paira dúvida sobre a aplicação integral dos normativos federais. Parece juridicamente defensável a efetiva recepção de alguns dos seus dispositivos (por exemplo, o art. 6º do Decreto-Lei nº 204, de 1967, que trata das características jurídicas dos bilhetes de loteria), enquanto outros seriam afastados ou deveriam portar, no mínimo, uma interpretação conforme o novo status constitucional brasileiro (como seria o caso do art. 7º do Decreto-Lei nº 6.259, de 1944, que, *a priori*, limita a outorga de concessão somente para brasileiros ou para empresas compostas exclusivamente por sócios brasileiros, o que colide frontalmente com a vedação constitucional de tratamento diferenciado aos estrangeiros, vide *caput* do art. 5º da Carta Constitucional).

Para a discussão também é fundamental entender os limites da liberdade da União para legislar sobre as normas nacionais de loterias. A jurisprudência do STF é pacífica ao afirmar que essa competência compõe a criação de modalidades lotéricas<sup>6</sup>. Contudo, pesquisa jurisprudencial aponta que

<sup>5</sup> Como apanhado geral da legislação de loterias, podemos citar as seguintes normas: (i) Constituição Federal de 1988, cf. art. 22, inc. XX, art. 175 e art. 195, inc. III; (ii) Decreto-Lei nº 6.259/1944, que dispõe de forma geral sobre os serviços de loterias; (iii) Decreto-Lei nº 204/1967, que dispõe sobre a exploração dos serviços de loterias; (iv) Decreto-Lei nº 594/1969, que cria a loteria esportiva; (v) Decreto nº 66.118/1970, que regulamenta a loteria esportiva; (vi) Decreto nº 68.703/1971, que regulamenta a aplicação dos recursos da loteria esportiva; (vii) Lei nº 6.717/1979, que cria o concurso de prognóstico de números; (viii) Lei nº 11.345/2006, que cria o concurso de prognóstico específico; (ix) Decreto nº 6.187/2006, que regulamenta a Lei nº 11.345/2006; (x) Lei nº 12.869/2013, que dispõe sobre o permissionário lotérico; (xi) Lei nº 13.155/2015, que dispõe sobre a concessão da LOTEX (loteria instantânea); (xii) Decreto nº 9.155/2017, que prevê a inclusão da LOTEX no programa nacional de desestatização; (xiii) Decreto nº 9.327/2018, regulamenta a LOTEX; e (xiv) Lei nº 13.756/2018, que reorganiza as modalidades lotéricas e dispõe da sua destinação no âmbito federal.

<sup>6</sup> Vide, p.ex., ADI 2.995/PE, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28/09/2007. Nesta ação, conforme o Min. Rel. Celso de Mello, “A cláusula de competência inscrita no art. 22, XX, da Constituição da República atribui máximo coeficiente de federalidade do tema dos ‘sorteios’ (expressão que abrange os jogos de azar, as loterias e similares), em ordem a afastar, nessa específica matéria, a possibilidade constitucional de legítima regulação normativa, ainda que concorrente, por parte

ainda está pendente uma discussão mais aprofundada sobre o até onde podem ir as normas federais para regular a questão nacional de loterias<sup>7</sup>.

Este tipo de discussão sobre “normas gerais” publicadas pela União não é novo no mundo jurídico e pode tomar exemplo na competência federal para dispor de normas gerais sobre contratações públicas (art. 22, inc. XXVII da Constituição Federal de 1988). Aqui, célebres juristas já se debruçaram sobre o assunto<sup>8</sup>, havendo também importantes decisões judiciais<sup>9</sup> que podem ser utilizadas de baliza. Sem prejuízo destes paralelos, é importante guardar em mente que as “normas gerais” correspondem a um termo de certa indefinição jurídica, com controvérsias próprias haja vista a indeterminação do seu conceito<sup>10</sup> e que, por isso mesmo, merece avaliação de acordo com cada caso concreto,

---

dos Estados-membros, do Distrito Federal ou dos Municípios. Não assiste, ao Estado-membro, bem assim ao Distrito Federal, competência para legislar, por autoridade própria, sobre qualquer modalidade de loteria ou de serviços lotéricos” (g.n).

<sup>7</sup> Como será aprofundado no tópico 1.3 deste Estudo.

<sup>8</sup> Para outras avaliações sobre o tema, recomendamos ver, por exemplo, MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 28ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011, p. 531-536; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2014, p. 374-377; NOHARA, Irene Patrícia. Tratado de direito administrativo: licitação e contratos administrativos / Irene Patrícia Nohara, Jacintho Arruda Câmara. In: Tratado de direito administrativo. v. 6. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (coord.). 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 85-86.

<sup>9</sup> É o caso, por exemplo, “Usurpa a competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação norma estadual que prevê ser dispensável o procedimento licitatório para aquisição por pessoa jurídica de direito interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública, e que tenha sido criado especificamente para este fim específico, sem a limitação temporal estabelecida pela Lei 8.666/1993 para essa hipótese de dispensa de licitação”. (ADI 4.658, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 25/10/2019, P, DJE de 11/11/2019.)

<sup>10</sup> Nesse sentido, André Luiz Freire descreve “Em primeiro lugar, a competência legislativa da União não é plena. Ela está restrita à ‘instituição de diretrizes’, isto é, ‘normas gerais’. Essa expressão – usada pela Constituição em alguns dispositivos, especialmente no art. 24, § 1º, para limitar a competência da União no âmbito da competência concorrente – não tem um sentido pacífico. Trata-se de um conceito vago ou, como preferem alguns autores, um conceito jurídico indeterminado (logo, há uma zona de certeza positiva e negativa e uma zona de incerteza). Alguns critérios têm sido usados pela doutrina. Normas gerais trariam os princípios e concretizariam outros princípios constitucionais. Ademais, elas devem ficar restritas aos assuntos que demandem uniformidade em todas as esferas federativas, a fim de evitar conflitos de competências constitucionais. Por fim, a União não pode utilizar das normas gerais para restringir indevidamente a autonomia dos entes federativos. Esses critérios podem ser úteis, mas eles também são vagos e, numa zona de incerteza, o Supremo Tribunal Federal decidirá se determinado caso faz parte ou não da denotação do conceito de ‘normas gerais’ (ou, para falar do saneamento básico, de ‘diretrizes’).” (cf. FREIRE, André Luiz. Saneamento básico: conceito jurídico e serviços públicos. Enciclopédia Jurídica da PUC-SP. 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). 1ª 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: 01.09.2021.)



provavelmente de acordo com cada dispositivo.

Até porque é preciso ter em mente que por impactar no exercício da competência material dos estados para prestação de um serviço público, não é permitido haver constrangimento, direta ou indiretamente, pelos órgãos da União, pois se assim for permitido, estar-se-ia admitindo: a) intervenção federal não prevista na Carta Política de 1988; e b) estar-se-ia causando potencial prejuízo aos cofres dos estados, ferindo gravemente o delicado equilíbrio federativo.

Em última análise, não é da natureza dos sistemas federalistas que a União intervenha nos estados sob qualquer pretexto, exceto nas situações descritas, taxativamente, na Constituição. Esse sistema foi reproduzido no art. 34 da Constituição de 1988, quando dá o seguinte comando: a União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para (...). Daí que a melhor Doutrina e Jurisprudência do Egrégio STF não admitem que os entes federativos invadam a competência uns dos outros<sup>11</sup>.

Por tais fundamentos não pode pretender atrelar o *modus operandi* das loterias estaduais às práticas da União. Melhor dizendo: uma vez estabelecido pela Legislação quais são as modalidades de jogos que podem receber apostas e sorteios no Brasil, cada ente federado (União, Estados e Distrito Federal) precisará buscar a solução de mercado e de tecnologia que melhor lhe atenda, detendo liberdade para dispor dos detalhes da sua prestação material (inclusive escolha da modalidade e seus contornos, como prazo de delegação etc.), observando somente algumas diretrizes nacionais para equilíbrio da matéria lotérica em nível nacional.

Apesar de tudo, pode acontecer de agentes públicos do Governo Federal ignorarem a decisão do STF, e pretenderem aplicar a legislação federal sobre os estados ou mesmo exercer atividades regulatórias sobre os serviços de loterias dos estados. Tal possibilidade, de nova contenda, gera incertezas e riscos ao negócio, motivo pelo qual, a matriz de riscos detalhada para o projeto sob análise tratará especificamente de eventuais alterações legislativas ou entendimentos jurídicos que prejudiquem a livre disposição dos estados em regular o exercício material dos serviços públicos de loterias locais.

Fixadas as premissas acima sobre o tratamento geral das loterias no Brasil, entende-se importante comentar sobre pontos específicos que a legislação federal traz para fins da operação nacional destes serviços públicos,

<sup>11</sup> Sobre o tema: ADI 3.258, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, julgamento em 6-4-2005, Plenário, DJ de 9-9-2005; ADI 3.515, Rel. Min. CEZAR PELUSO, julgamento em 1º-8-2011, Plenário, DJE de 29-9-2011; (ADI 3.343 e ADI 4.478, Rel. p/ o ac. Min. LUIZ FUX, julgamento em 1º-9-2011, Plenário; ADI 3.847, Rel. Min. GILMAR MENDES, julgamento em 1º-9-2011, Plenário; ADI 4.083, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, julgamento em 25-11-2010, Plenário, DJE de 14-12-2010 e muitos outros.





sempre diferenciando aquilo que seriam “normas gerais nacionais” daquelas entendidas como formas para prestação federal dos serviços lotéricos, estas últimas integrantes do exercício da União para regular a prestação material dos serviços lotéricos sob sua competência.

Para citar um exemplo de normas federais para organização dos serviços lotéricos a cargo da União, pode-se cogitar as previsões da Lei nº 12.869, de 2013, c.c. a Circular CAIXA nº 859, de 2019, que, em conjunto, tratam da possibilidade da Caixa Econômica Federal (CEF) delegar permissões de serviços públicos lotéricos, precedidas de licitação e de natureza precária (apesar de deterem prazo certo)<sup>12</sup>, para, por conta e risco dos permissionários, comercializar as loterias federais e os produtos autorizados pela outorgante. A remuneração dos permissionários é realizada, em regra, por meio de comissão na venda dos bilhetes. É dizer, as normas de permissão são específicas para que a CEF, na qualidade de entidade responsável pela exploração federal das loterias, delegue parcela dos serviços públicos lotéricos aos privados. Claramente não se trata de norma geral com abrangência nacional. Até porque, a permissão aqui está mais para contrato de distribuição de bilhetes e apostas da própria Caixa Econômica Federal<sup>13</sup> (às vezes parecendo até mesmo contratos de franquia). Isto é, a delegação dos serviços público lotéricos não é integral, abrangendo todas as etapas do serviço, mas sim de uma parcela equivalente a contrato de distribuição de produtos, uma verdadeira subdelegação pela CEF de parte das suas atribuições.

Inclusive, sempre bom lembrar que este serviço público lotérico detém, por essência, competição entre diferentes estados e dos estados com a União, sobretudo se considerarmos as atividades de aposta lotérica sob a ótica do canal de internet (já admitido na legislação nacional para diversas modalidades de loterias). Os serviços públicos de loteria do Estado de São Paulo certamente irão competir por apostadores com as loterias da CEF, seus permissionários e até mesmo em face de outros serviços lotéricos estaduais, observados os comentários abaixo acerca de limitações dos bilhetes vis-à-vis questões geográficas.

---

<sup>12</sup> Cf. art. 2º, inc. I da referida legislação, considera-se, em nível federal, permissão lotérica “a outorga, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos feita pelo poder outorgante à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco, para comercializar todas as loterias federais e os produtos autorizados, bem como para atuar na prestação de serviços delegados pela outorgante, nos termos e condições definidos pela legislação e normas reguladoras vigentes”.

<sup>13</sup> Não por outro motivo, por exemplo, a Circular CAIXA nº 859, de 2019, prevê a modalidade de permissão para os chamados Ambulantes de Bilhetes, envolvendo “pessoa física inscrita no Cadastro de Pessoas Físicas – CPF, que comercializa a modalidade de loteria Federal, além de produtos conveniados, exercendo suas atividades em locais de acesso franqueado ao público”, sendo que a permissão para o Ambulante de Bilhetes é concedida por meio de licitação.





Pois bem. Para além dos assuntos anteriormente detalhados, algumas considerações são necessárias sobre os bilhetes de loterias, com regulação prevista no art. 6º e seguintes do Decreto-Lei nº 204, de 1967. Aqui, de acordo com a legislação, o bilhete de loteria, ou sua fração, será considerado nominativo e intransferível quando contiver o nome e endereço do possuidor. A ausência destes elementos fará com que o bilhete seja entendido como um título ao portador, para todos os efeitos.

Em monografia sobre o tema<sup>14</sup>, Allan Fuezi de Moura Barbosa afirma:

Tradicionalmente, no Brasil, o modelo corrente das apostas consiste na emissão física de um documento comprobatório da operação de natureza jurídica de título ao portador, o qual confere àquele que o apresenta a legitimidade de credor da obrigação por este representado, já há a dispensa da aposição do nome do beneficiário no bilhete. Isso, porquanto o artigo 6º, do Decreto-lei nº 204/1967, previu que a falta de nome e endereço do possuidor no bilhete implicaria na consideração deste como título ao portador; caso contrário, seria considerado nominativo e intransferível. Por sua vez, como se pode verificar no verso dos recibos das diversas modalidades de loterias no âmbito federal, apesar de não constar automaticamente o nome, o CPF, o endereço e a assinatura do beneficiário da aposta, há um espaço exclusivo para que a voluntariedade do possuidor seja exercida quanto a essas informações, mas a emissão é ao portador.

Como visto acima, os bilhetes de loteria detêm natureza de título de crédito, podendo ser emitidos de forma nominal ou ao portador. Aliás, os tribunais superiores detêm jurisprudência sobre o tema. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) ratifica a natureza de título ao portador (quando ausentes informações nominais), tendo decidido pela impossibilidade do pagamento do prêmio ao apostador que teve seu bilhete extraviado<sup>15</sup>. O Supremo Tribunal Federal (STF) também parece reconhecer o caráter de título ao portador quando

<sup>14</sup> Cf. BARBOSA, Allan Fuezi de Moura. “A Possibilidade de Instituição de Apostas Virtuais pelas Loterias Estaduais no Brasil e as Limitações Decorrentes do Ordenamento Jurídico Pátrio”, p. 34, disponível no seguinte endereço eletrônico: < <https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/3791/1/t1-3-l-allan-fuezi-007.pdf> >. Acessado em 01.09.2021.

<sup>15</sup> Ver, por exemplo, o conteúdo do voto do Ministro Relator Luís Felipe Salomão, com trecho reproduzido *in verbis*: “[...] se um bilhete premiado é extraviado e a Caixa Econômica Federal paga a quem fez a aposta, mediante provas incontestas - como pretende o autor, ora recorrido -, ainda assim não estará desobrigada a pagar a outrem que apresentar o título no prazo, por força do que dispõe o § 2º, art. 12, do Decreto-lei nº 204/67”. (STJ - REsp: 902158 RJ 2006/0247280-5, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 06/04/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/04/2010.



da análise de bilhete inutilizado pelo portador<sup>16</sup> (ver, também, o §1º do art. 16 do Decreto-Lei nº 204/1967).

De outro giro, cabe destacar a possibilidade de se discutir a juridicidade da inscrição do nome do beneficiário da aposta, a exclusivo critério do possuidor, de acordo com as normas de cada modalidade de loteria<sup>17</sup>, situação na qual a natureza do bilhete passaria a ter título nominativo e intransferível.

Discussão que poderá advir da possibilidade de transferência dos bilhetes ao portador diz respeito as questões de segurança para comercialização dos títulos, que, de acordo com o §1º do art. 2º do Decreto-Lei nº 6.259, de 1944,<sup>18</sup> precisará ficar adstrita dentro dos limites do respectivo estado federado, sendo que o artigo 53 da Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688, de 1941)<sup>19</sup> proíbe a comercialização de bilhetes de loteria estadual em território onde não possa legitimamente circular. A parte das discussões sobre o exercício da competência regulatória da União para dispor de normas gerais para a restrição geográfica dos serviços estaduais de loteria, é fato que o projeto de delegação dos serviços lotéricos estaduais deverá se preocupar em fixar diretrizes para mitigar o risco jurídico de descumprimento das previsões normativas acima, valendo-se de instrumentos de regulação e delegação que propiciem maior controle da atividade lotérica.

Isso, é claro, não poderá impedir que pessoas que viagem para dentro do estado não possam adquirir bilhetes estaduais e apostar nas loterias locais. O controle da venda de bilhetes lotéricos deve se cingir em limitar a comercialização de bilhetes dentro do mesmo estado, mas não dos apostadores. A diretriz geográfica, se válida, somente encontra razão jurídica de existir no ordenamento brasileiro se for para evitar investidas comerciais de um estado federado em detrimento de outro. E isso é diferente de tolher a liberdade de escolha dos apostadores que se deslocam entre os estados. Esta situação parece

<sup>16</sup> “RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONTRA ACÓRDÃO QUE JULGOU IMPROCEDENTE A AÇÃO DO PORTADOR DE UM BILHETE DE LOTERIA INUTILIZADO POR ERRO - EXATO APLICAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES DO DECRETO-LEI 6259 - DENEGAÇÃO DO RECURSO – AGRAVO DESPROVIDO” (AI 23127, Relator(a): Min. ANTONIO VILLAS BOAS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/10/1960, ADJ DATA 29-05-1961 PP-00089 EMENT VOL-00438 PP-00189).

<sup>17</sup> Muito cuidado aqui é necessário em da previsão de crime do art. 298 do Código Penal c.c. art. 54 do Decreto-Lei nº 6.259/1944, tratando de hipóteses de falsificação e adulteração de bilhetes lotéricos.

<sup>18</sup> Art. 2º Os Governos da União e dos Estados poderão atribuir a exploração do serviço de loteria a concessionários de comprovada idoneidade moral e financeira. § 1º A loteria federal terá livre circulação em todo o território do país, enquanto que as loterias estaduais ficarão adstritas aos limites do Estado respectivo.

<sup>19</sup> Art. 53. Introduzir, para o fim de comércio, bilhete de loteria estadual em território onde não possa legalmente circular: Pena – prisão simples, de dois a seis meses, e multa, de um a três contos de réis. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem vende, expõe à venda, tem sob sua guarda, para o fim de venda, introduz ou tonta introduzir na circulação, bilhete de loteria estadual, em território onde não possa legalmente circular.



autorizada na legislação, enquanto a segunda estaria vedada para fins de harmonia federativa.

Os pontos acima se tornam ainda mais relevantes quando pensamos a limitação geográfica da legislação federal em face das modalidades online de loterias. Trata-se de contextualizar a discussão regulatória em face da possibilidade de realização de apostas pelos apostadores por meio da rede mundial de computadores, sem qualquer necessidade de emissão física de recibo (bastando comprovante digital), nem do comparecimento presencial a estabelecimento comercial de apostas. Isto é, como permitir a venda online de bilhetes lotéricos para determinadas modalidades lotéricas sem infringir a legislação federal que determina a regionalização estadual das loterias locais?

O dilema parece ser solucionado por meio de alguns entendimentos. De início, deve-se contextualizar as restrições da legislação federal, ambas positivadas em contexto anterior da revolução da internet, e mesmo da Constituição Federal de 1988. Os desdobramentos jurídicos de inovação no ordenamento pátrio e a evolução de direitos dos cidadãos brasileiros ao acesso de serviços públicos e internet parece ser suficiente para, na hipótese de se entender pela recepção das normas federais de restrição geográfica das loterias estaduais, aplicar-lhes a interpretação que permita a prática online de serviços públicos lotéricos, desde que, por exemplo, o adquirente dos bilhetes declare (ou comprove) se encontrar e/ou residir dentro da respectiva unidade estadual<sup>20</sup> e os bilhetes gerados em face das apostas online detenham caráter nominativo, com nome e CPF do apostador, permitindo maior segurança e *accountability* da transação<sup>21</sup>.

Não fosse essa leitura suficiente, é verdade que lei posterior da União criou modalidades online de loterias, revogando, por consecução lógica, a limitação geográfica das loterias estaduais para tais tipos de loteria. É dizer, lei

<sup>20</sup> Resumindo algumas das preocupações federais sobre as loterias online, Allan Fuezi de Moura Barbosa afirma que “Para além das restrições em relação ao tipo de jogo (Mega-Sena), às pessoas que possam efetuar apostas (somente pessoa física, maior de dezoito anos) e ao vínculo pré-constituído com a instituição bancária (titulares de contacorrente da CAIXA), verificam-se limites quanto ao valor responsável do jogo (disponível apostas de até cem reais por dia), quanto ao meio de pagamento (débito bancário da conta que originou a aposta), bem como quanto ao concurso (apenas para o concurso vigente, sendo vedada a chamada ‘teimosinha’, que corresponde a aposta para concursos sucessivos) e quanto à transparência (não é possível a elaboração de aposta denominada ‘surpresinha’, isto é, realizada pelo sistema de processamento das apostas, sem a escolha, pelo apostador, dos números participantes do sorteio). Essas imposições, no entanto, devem ser consideradas de natureza regulamentar, não sendo indicativas para vinculação de todo o sistema nacional de loterias” (In: A Possibilidade de Instituição de Apostas Virtuais pelas Loterias Estaduais no Brasil... op. cit.)

<sup>21</sup> Não fossem nominativos, os bilhetes online gerariam diversos riscos ao sistema lotérico, uma vez que poderiam ser apresentados por vários portadores que replicaram o bilhete vencedor, havendo o risco de roubo ou inutilização dos bilhetes por *crackers*.

posterior (no caso, p.ex. Lei 13.756, de 2018), revogam lei anterior (Decreto-Lei nº 6.259, de 1944). Lógica hermenêutica positivada no ordenamento jurídico, que, neste caso específico, ainda deve ser coligada com o princípio de paralelismo constitucional, segundo o qual se é possível para a União o exercício da competência material de loterias online também deveria ser possível aos estados federados.

A combinação dos entendimentos e razões acima detalhadas fazem respeitar os preceitos do art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)<sup>22</sup>, aplicando-se a proporcionalidade para verificar que os desdobramentos dos últimos anos impõe interpretação favorável à prática de loterias online, sob pena de restringir sobremaneira a competência material dos estados, observado – é claro – que a atuação digital se paute por valores éticos, transparentes e controláveis para fins de evitar abusos de competição federativa entre diferentes loterias estaduais ou mesmo fomentar práticas danosas à sociedade.

De um jeito ou de outro, o controle de distribuição e comercialização dos bilhetes parece fundamental para evitar este tipo de risco jurídico, devendo haver restrições de venda online (p.ex. com controle de IP dos adquirentes dos bilhetes), para evitar verdadeira guerra federativa nos serviços lotéricos – o que, ao fim e ao cabo, acabaria por prejudicar os serviços sociais financiados pelas atividades lotéricas.

Aqui, mais uma vez, a resposta parece jurídica ao desafio de interpretação legal parece ser a regulação e o controle das atividades lotéricas, sob risco de gerar verdadeira guerra de decisões judiciais, ora questionando a aplicação de legislação federal e inviabilizando apostas online pelos estados, ora questionando a competição forçada da loteria de um estado em favor do outro, com abertura para nova disputa federativa, ora, ainda, questionando práticas abusivas de jogos irresponsáveis (com exploração de usuários psicologicamente dependentes), que prejudicam a credibilidade dos serviços públicos lotéricos.

Neste aspecto, é fundamental ter em mente que controle dos

---

<sup>22</sup> Marçal Justen Filho sintetiza as orientações dos dispositivos da LINDB, destacando os efeitos de análise do caso concreto, sob argumentos proporcionais por conta do art. 20 da referida legislação, *in verbis*: “As inovações introduzidas pela Lei nº 13.655/2018 destinam-se preponderantemente a reduzir certas práticas que resultam em insegurança jurídica no desenvolvimento da atividade estatal. O art. 20 relaciona-se a um dos aspectos do problema, versando especificamente sobre as decisões proferidas pelos agentes estatais e fundadas em princípios e valores de dimensão abstrata. A finalidade buscada é reduzir o subjetivismo e a superficialidade de decisões, impondo a obrigatoriedade do efetivo exame das circunstâncias do caso concreto, tal como a avaliação das diversas alternativas sob um prisma de proporcionalidade”. (cf. FILHO, Marçal Justen. (2018). Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. Revista de Direito Administrativo, 13-41. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77648>. Acesso em: 01 ago. 2021.).



apostadores deve recair tão somente naquilo que se encontrar prescrito na legislação e nas boas práticas de jogo. Exemplo de limitação deste direito está no fato de que os produtos lotéricos são exclusivamente destinados ao público adulto, conforme art. 81, inc. VI da Lei nº 8.069, de 1990 (“Estatuto da Criança e do Adolescente”)<sup>23</sup>. Trata-se da positivação de importantes diretrizes para boas práticas da prestação material dos serviços públicos de loterias, sendo um dos pilares da política de “Jogo Responsável”<sup>24</sup>, que será oportunamente abordada no conjunto destes Estudos. Por ora, cabe reforçar a necessidade de controle do exercício da atividade delegada, para garantir o oferecimento de serviços lotéricos ao mesmo tempo em que se limita a comercialização de bilhetes que possa ser questionada junto do Poder Judiciário por estar direcionada à público inapropriado (p.ex. menores de idade).

Outra questão essencial da análise dos bilhetes de loterias diz respeito às referências essenciais das informações para participação na respectiva modalidade lotérica, por exemplo naquilo que tange o recibo contendo números para os concursos de prognóstico ou mesmo nas combinações necessárias para competição instantânea dos prêmios das “raspadinhas”. Aqui o artigo 9º do Decreto-Lei nº 204, de 1967, parece servir de norte fixando que cada bilhete (ou fração) consignará no seu reverso, além de outros dizeres: (i) plano de extração, por inteiro ou resumido; (ii) a indicação do lugar, dia e hora do sorteio; (iii) assinatura das autoridades responsáveis pela emissão; e (iv) o local apropriado para receber, além de o nome e endereço do possuir que desejar o bilhete nominativo<sup>25</sup>.

Neste contexto, argumenta-se pela literalidade das informações prescritas nos bilhetes, vinculando os pagamentos dos prêmios na hipótese de a aposta ser bem-sucedida. Nas palavras de Allan Fuezi de Moura Barbosa, “*não se pode argumentar a ocorrência de qualquer equívoco no preenchimento pela*

<sup>23</sup> Art. 81. É proibida a venda à criança ou ao adolescente de: [...] VI - bilhetes lotéricos e equivalentes.

<sup>24</sup> De toda forma, a política de “Jogo Responsável” pode ser ilustrada pelas considerações publicadas pela Caixa Econômica Federal em atenção ao disposto pela WLA (World Lottery Association – Associação Mundial de Loterias). Maiores informações estão disponíveis no seguinte endereço eletrônico: < <http://loterias.caixa.gov.br/wps/portal/loterias/landing/> >. Acessado em 31.08.2021.

<sup>25</sup> Entendemos que o art. 8º não detém abrangência nacional, por versar de condições específicas para as loterias federais. Não obstante, é fato que poderá servir de referência para requisitos adicionais que possam constar nos bilhetes das loterias estaduais, *in verbis*: “Art 8º Cada bilhete ou fração consignará no anverso, além de outros dizeres: I) - a denominação “Loteria Federal do Brasil”; II) - o número que concorrerá ao sorteio; III) - em caracteres legíveis, o preço de plano do bilhete inteiro e o de cada fração, acrescido da cota de previdência constante do Artigo 4º e seu parágrafo único; IV) - a declaração de ser inteiro, meio, quarto, décimo, vigésimo ou quadragésimo e, sendo fração, o número de ordem desta; V) - a indicação da série, se for o caso”.





*representação lotérica após a aceitação do bilhete emitido*<sup>26</sup>. Tampouco pode-se substituir os bilhetes postos em circulação, ainda que sob o pretexto de furto, roubo, destruição ou extravio, vide art. 11 do Decreto-Lei nº 204/1967. Entendimento diverso colocaria em risco a credibilidade dos serviços lotéricos, haja vista o incentivo de fraude. Até por isso, nos termos do art. 12 do Decreto-Lei nº 204/1967, no caso de roubo, furto ou extravio, aplicar-se-á ao bilhete ou fração de bilhete de loteria, não nominativo, e no que couber, o disposto na legislação sobre ação de recuperação e título ao portador. Os prêmios relativos a bilhetes ou frações nominativas somente serão pagos ao respectivo titular, daí o caráter nominativo, sendo que somente mediante ordem judicial deixará de ser pago algum prêmio ao portador ou ao titular do bilhete ou fração premiados.

Como consequência, faz-se fundamental a emissão responsável dos bilhetes, com informações certas e precisas. Novamente, este é um ponto que reforça a necessidade de regulação e controle da delegação material dos serviços públicos de loterias. E que, portanto, deverá ser levado em consideração para identificação da melhor técnica de delegação dos serviços à iniciativa privada.

Considerando os princípios de transparência e moralidade, bem como as diretrizes fixadas *mutatis mutandis* no *caput* do art. 13 do Decreto-Lei nº 204/1967, as extrações, isto é, os “sorteios”, devem ser feitos de forma transparente e com *accountability* (controle), preferencialmente em sala franqueada ao público, quando possível.

Importante pontuar, outro lado, que as regras do art. 14 do Decreto-Lei nº 204/1967 vão além dos deveres de transparência e controle, ao estipular restrições para realização das extrações em períodos de feriados nacionais. Em verdade, aparenta ser norma operacional voltada exclusivamente para os serviços lotéricos federais. Ao Estado será permitido abordar o tema sob as peculiaridades dos seus serviços, podendo permitir a extração em datas festivas, sobretudo em vista da atual facilidade de telecomunicações em anunciar os resultados das extrações.

Dando continuidade à análise da regulação dos serviços lotéricos, prevê-se que o ato de pagamento do prêmio será realizado mediante a apresentação e resgate do respectivo bilhete ou fração, desde que verificada sua autenticidade (cf. *caput* do art. 16 do Decreto-Lei nº 204/1967). Ou seja, aqui fixa outra regra geral, nacional, que busca aferir transparência, isonomia e confiabilidade para os serviços lotéricos. É claro que as diretrizes de prazo de



<sup>26</sup> O STJ já decidiu sobre tema semelhante, cujo julgado apresentou a seguinte ementa: “CIVIL. LOTECA DO CERTO E DO ERRADO. O direito do apostador se limita ao que está contido no título ao portador, nada importando que possa ter sido confundido por informações imprecisas de concursos anteriores, já corrigidas por ocasião de sua aposta. Recurso especial não conhecido” (REsp 146436/RJ, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/09/1999, DJ 25/10/1999 p. 77)

pagamento dos bilhetes no §2º do referido art. 16 são normas específicas voltadas nominalmente à Administração do Serviço de Loteria Federal e, portanto, não detêm cunho nacional, mas sim federal, devendo o prazo de pagamento dos prêmios ser regulado em cada delegação estadual.

Aliás, também é preciso ter em vista as hipóteses de prescrição dos prêmios. Por vezes os apostadores vencedores acabam por não retirar os respectivos prêmios, inexistindo direito eterno para seu resgate. Tanto que o art. 17 do Decreto-Lei nº 204/1967 regula tal situação, determinando que o pagamento dos prêmios prescreve em 90 (noventa) dias da data da respectiva extração<sup>27</sup>.




Ultrapassadas as considerações iniciais acima, apresenta-se, abaixo, as modalidades de loterias previstas na Lei nº 13.756, de 2018, com resumo na seguinte Tabela 1:

*Tabela 1 – Modalidades de Loterias pela Legislação Federal*

Modalidade Lotérica	Objeto	Exemplo	Principal Regulação
Loteria Federal	loteria em que o apostador adquire bilhete já numerado, em meio físico (impresso) ou virtual (eletrônico), para concurso de prognóstico sobre o resultado de sorteios de números, promovido em datas prefixadas, com distribuição de prêmios mediante rateio.		Lei nº 13.756, de 2018 Lei nº 6.717, de 1979
Loteria Instantânea	loteria que apresenta, de imediato, se o apostador foi ou não agraciado com alguma premiação, correspondente as chamadas “raspadinhas”. A loteria do Rio de Janeiro detém bons exemplos de loteria instantânea.		Lei nº 13.756, de 2018 Lei nº 13.155, de 2015

<sup>27</sup> O dispositivo inclusive traz hipóteses que interrompem a prescrição do pagamento do prêmio, mediante citação válida, no caso do procedimento judicial em se tratando de furto, roubo ou extravio, assim como da entrega do bilhete no prazo de 90 dias da data de extração.



Loteria de Números	loteria em que o apostador tenta prever quais serão os números sorteados no concurso.		Lei nº 13.756, de 2018 Circular CAIXA nº 878, de 2019 <sup>28</sup>
Loteria Esportiva + Quota Fixa	loteria em que o apostador tenta prever o resultado de eventos esportivos.  Nos casos de quota fixa, há sistema de apostas relativas a eventos reais de temática esportiva, em que é definido, no momento de efetivação da aposta, quando o apostador pode ganhar em caso de acerto do prognóstico.		Lei nº 13.756, de 2018 Decreto-Lei nº 594, de 1969 Lei nº 9.615, de 1998
Loteria Específica de Números e Símbolos	concurso de prognóstico específico sobre o resultado de sorteio de números ou símbolos, utilizando denominação, marca, emblema, hino ou quaisquer símbolos de clube futebolístico.		Lei nº 13.756, de 2018 Lei nº 11.345, de 2006

Fonte: Consórcio SP Lotto.

Como pode ser observado da Tabela 1, existem ao menos cinco modalidades de serviços públicos lotéricos estaduais, cujos contornos são facultados à exploração material pelos estados federados. Ainda sobre este tema das modalidades lotéricas, é preciso ter em mente que a mesma Lei nº 13.756, de 2018, detém tanto normas gerais nacionais, com a validação das referidas modalidades lotéricas (no artigo 14), como também regras específicas para exploração material dos serviços públicos lotéricos federais.

Exemplo desta última situação está no artigo 29, que detalha a modalidade lotérica de prognóstico esportivo, denominando o serviço de “quota

<sup>28</sup> As demais circulares da Caixa Econômica Federal para regulamentação das modalidades de loterias sob sua administração estão disponíveis no seguinte endereço eletrônico: < [https://www.caixa.gov.br/site/paginas/downloads.aspx#categoria\\_180](https://www.caixa.gov.br/site/paginas/downloads.aspx#categoria_180) >. Acessado em 31.08.2021.



fixa”, mas cuja essência jurídica parece ser a mesma da modalidade de loteria esportiva do artigo 14, qual seja: apostar em eventos de temática esportiva, seja em esportes físicos, seja em esportes virtuais. E isso é particularmente importante para entender que as regras fixadas pela União para exploração de serviços federais não são necessariamente aplicáveis aos estados federados. Os estados poderão organizar a exploração material dos seus serviços da forma que lhes aprouver, podendo (ou não) seguir o exemplo das regras fixadas pela União para os seus serviços lotéricos de eventos esportivos.

Não parece ser necessário, portanto, que os estados explorem a modalidade lotérica de prognósticos esportivos (art. 14, inc. IV) da mesma que a União previu a exploração dos seus próprios serviços (sob forma de “quota fixa”), pelos quais a loteria deverá ser autorizada ou concedida pelo Ministério da Economia e será explorada, exclusivamente, em ambiente concorrencial, com possibilidade de ser comercializada em quaisquer canais de distribuição comercial, físicos e em meios virtuais. Como veremos neste trabalho, há riscos jurídicos na hipótese de se explorarem os serviços lotéricos mediante veículo autorizativo e precário – já que, como afirmado anteriormente, estamos diante de um serviço público, regido necessariamente pelo *caput* do art. 175 da Constituição Federal. Logo, adotar sem ponderação a regulação federal nem sempre será o melhor caminho para as loterias estaduais.

Com isso em mente, também parece oportuno reforçar que nem todas as disposições sobre as concessões dos serviços públicos lotéricos do Decreto-Lei nº 6.259/1944 devem ser integralmente adotadas por tais serviços, exatamente por considerarem normas específicas para serviços federais, bem como por serem disposições que inviabilizam a atuação estadual, constituindo verdadeira intervenção inconstitucional da União nas competências materiais dos estados, por vezes até mesmo contrária a direitos e previsões da Constituição Federal de 1988 ou de legislação superveniente. Então, ainda que seja juridicamente possível que o *caput* do art. 4º do referido Decreto-Lei nº 6.259/1944 preveja que os estados deverão explorar os serviços lotéricos diretamente ou mediante concessão com exclusividade, não parece haver juridicidade em extrapolar aos estados as limitações temporais e operacionais que se encontram fixadas no art. 9 do mesmo Decreto-Lei nº 6.259/1944.

E isso não tem qualquer espanto, muito menos precisa ser afastado pelo brocardo popular “pau que bate em Chico também bate em Francisco” (representante de isonomia). Afinal, como adiantado, há na legislação federal normas que parecem deter o condão de influenciar na prestação dos



serviços lotéricos, enquanto outras simplesmente não se aplicariam aos estados em face do regime jurídico pós-1988. Logo, não há normas iguais sendo aplicadas de forma diferente, mas sim normas com regime jurídico diferente sendo aplicadas cada qual para sua situação peculiar.

Explica-se em maiores detalhes. O *caput* do artigo 4º do Decreto-Lei nº 6.259/1944 simplesmente dá eco ao *caput* do art. 175 da Constituição Federal, prevendo que a prestação material dos serviços públicos de loteria poderá se dar diretamente pelo Estado ou por meio de concessão precedida de licitação<sup>29</sup>. A regra da exclusividade prevista no dispositivo, embora passível de questionamento por limitar a autonomia federativa, pode encontrar eco no controle estatal dos serviços lotéricos, por todas as questões inerentes as loterias e suas apostas, seja para assegurar confiabilidade no sistema de venda de bilhetes e pagamento dos prêmios, seja para resguardar a responsabilidade dos jogos combinada com a saúde psicológica dos apostadores, seja, ainda, para viabilizar a adequada arrecadação de valores aos serviços sociais. Ou seja, a regra no *caput* do art. 4º parece sim ser uma norma geral nacional que pode ser juridicamente lida como válida e aplicável para os estados.

Por outro lado, o art. 9º traz restrições à prestação material com detalhado controle dos serviços que feriria de morte a competência material da prestação dos serviços públicos lotéricos, p.ex., limitando o prazo máximo das concessões ao limite de 5 anos; com regra para distribuição de percentagem mínima de prêmios; regras para extração de prêmios, inclusive com valores para cada extração; e emissão máxima de bilhetes. Ora, é praticamente impossível imaginar que estas regras subsistem em um teste de constitucionalidade em face da Constituição de 1988 ou até mesmo diante da atual legislação de concessões de serviços públicos. O prazo das concessões deve ser determinado por estudos técnicos, buscando determinar o termo contratual de acordo a sustentabilidade econômico-financeira para cada contrato/serviço<sup>30</sup>. O mesmo se diga para regras de distribuição de prêmios, extração e emissão de bilhetes. É preciso estudos

<sup>29</sup> Ver, por exemplo, que o art. 5º do Decreto-Lei nº 6.259/1944 determina a outorga de concessão precedida de concorrência pública.

<sup>30</sup> Não por acaso a Lei nº 8.987/1995 deixou de prever prazo mínimo ou máximo para as concessões de serviço público tidas como comuns, cuja remuneração depende de tarifas. Somente a legislação nacional de PPPs traça prazos para os contratos de concessão administrativa ou patrocinada, mas o faz porque estes contratos, diferentemente das concessões comuns, dependem de pagamento direto pelo Poder Público contratante. A regra da lei de PPPs é uma regra nacional de cunho fiscal para manter coesa a federação brasileira. Bem diferente seria se a mesma regra de limite de prazo fosse fixada como regra geral de concessões, as quais não dependem de pagamentos (contraprestações públicas) e são remuneradas diretamente pelos usuários. Para estes casos, caberá a cada projeto provar a viabilidade e necessidade do seu termo contratual. Do contrário, restringe-se a competência dos demais entes federados sem qualquer justificativa de coesão federativa. Em verdade, prejudica-se a união federativa, com intervenção de um ente no outro.



próprios para determinar tais limites para cada loteria estadual. Se for facultado à União determinar todas essas condições, oblitera-se o exercício da competência material dos estados. Logo, entende-se que as regras do art. 9º deveriam ser interpretadas como não recepcionadas pela Carta de 1988.

Por ser de competência dos estados federados explorar as loterias estaduais, também é dos estados a competência para decidir a alocação dos recursos advindos destas atividades. Lembra-se então, que as modalidades lotéricas e seus desdobramentos devem ser explorados para endereçar recursos aos programas sociais nas diferentes unidades da federação brasileira, respeitando o art. 195, inc. III da Constituição Federal de 1988<sup>31</sup>.

No caso do Estado de São Paulo, o art. 15 da Lei nº 17.386, de 2021, não só autoriza o Poder Executivo a instituir e explorar a Loteria Estadual de São Paulo, na forma do artigo 175 da Constituição Federal (ou seja, diretamente ou, alternativamente, mediante permissão ou concessão, sempre precedidas de licitação), como também determina que o resultado líquido obtido (isto é, aquele resultado financeiro alcançado após deduzidos os tributos e demais valores para custear e remunerar as atividades de operação/investimentos no sistema lotérico) seja alocado no custeio *“de ações voltadas à assistência social e à redução da vulnerabilidade social no Estado”*.

A antiga legislação paulista que tratava dos serviços lotéricos foi integralmente revogada pela referida Lei nº 17.386, de 2021, deixando campo fértil para o Governo do Estado regular os seus serviços lotéricos<sup>32</sup>.

E tudo isso para dizer que os recursos líquidos arrecadados pela exploração material (direta ou indireta, mediante permissão ou concessão) dos serviços públicos lotéricos do estado devem ser alocados para aprimoramento e fomento de programas sociais, ainda a serem definidos pelo Governo Estadual. Daí a importância social – caracterização do serviço público – das atividades lotéricas, havendo larga avenida para se modelar a delegação dos serviços públicos lotéricos em benefício ao interesse público.

Para o sucesso desta empreitada é preciso respeitar naquilo que couber a legislação federal, as decisões dos tribunais, bem como dispor de importante regulação e controle estadual sobre a delegação dos serviços públicos. E mais: é preciso fixar ambiente estável e favorável a investimentos e a promoção

<sup>31</sup> Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: [...] III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

<sup>32</sup> Ver o art. 18 da Lei nº 17.386, de 2021, que revoga expressamente as seguintes normas estaduais: Leis nº 5.256, de 24 de julho de 1986; nº 9.761, de 24 de setembro de 1997; nº 10.242, de 22 de março de 1999; e nº 10.871, de 10 de setembro de 2001. Por completude, antigamente os serviços lotéricos do Estado de São Paulo eram explorados pela Caixa Estadual, em moldes semelhantes ao regulado no Governo Federal.



das melhores práticas lotéricas, como, por exemplo, o “jogo responsável” e controle sobre a competição.

Convém alertar que ignorar discussões judiciais, deixar de promover segurança jurídica e/ou investimentos responsáveis pode levar ao insucesso do programa estadual de concessões dos serviços lotéricos.

Fazemos aqui breve observação sobre o caso da Loteria Instantânea Exclusiva – Lotex, serviço lotérico autorizado Governo Federal por meio do art. 28 da Lei nº 13.155, de 2015, 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.

Tais serviços da Lotex foram incluídos e qualificados no programa federal de desestatização mediante o Decreto nº 8.648, de 2016<sup>33</sup>, bem como pela Resolução CPPI nº 08, de 2017, com modelagem de outorga via concessão comum aprovada previamente pela Resolução CPPI nº 3, de 2017. Os serviços foram objeto de licitação promovida com apoio do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (“BNDES”), por meio do Leilão PPI/PND-2019<sup>34</sup>.

Apesar de receber contato de diversos interessados e ter logrado em identificar um vencedor (o único licitante), o certame da Lotex acabou frustrado. De acordo com informações do site do Programa de Parcerias de Investimentos do Governo Federal<sup>35</sup>, “após a inclusão no Programa Nacional de Desestatização (PND), iniciaram-se os estudos da modelagem para o serviço, a cargo do Banco Nacional do Desenvolvimento (BNDES). Foi levada a leilão em 2019, onde foi arrematada por consórcio de empresas. Entretanto o vencedor decidiu, posteriormente, por não assumir a concessão. Alternativas para o projeto estão no momento em negociação, sendo que se vislumbra necessária a atualização dos estudos anteriores para promoção de novo leilão”.

Isso é particularmente importante para considerarmos na avaliação do modelo a ser adotado pelo Estado de São Paulo, já que aqui é prevista análise de cenários com delegação competitiva ou exclusiva dos serviços lotéricos. Eventual retomada da concessão da LOTEX poderá introduzir outro agente econômico para competir com os serviços lotéricos do Estado de São Paulo. Ou seja, os serviços lotéricos no Estado de São Paulo, ainda que

<sup>33</sup> O referido decreto foi revogado posteriormente pelo Decreto nº 9.155, de 2017.

<sup>34</sup> Informações da licitação podem ser consultadas no endereço eletrônico da B3, disponível no seguinte link: < [http://www.b3.com.br/pt\\_br/produtos-e-servicos/negociacao/leiloes/licitacoes-e-alienacoes/operacoes/em-andamento-e-anteriores/](http://www.b3.com.br/pt_br/produtos-e-servicos/negociacao/leiloes/licitacoes-e-alienacoes/operacoes/em-andamento-e-anteriores/) >. Acessado em 31.08.2021. Também há informações constantes do site do próprio BNDES, disponíveis em < <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/desestatizacao/processos-em-andamento/desestatizacao-lotex> >. Acessado em 31.08.2021.

<sup>35</sup> Informações públicas estão disponíveis no seguinte endereço eletrônico: < <https://ppi.gov.br/loteria-instantanea-lotex> >. Acessado em 31.08.2021.

delegados para um único delegatário, nunca deterão o monopólio no mercado relevante dos serviços lotéricos deste Estado, visto que sempre irão competir com os serviços lotéricos da União (que hoje detém posição dominante expressiva no setor), e cujo serviços também parece poder ser expandidos por meio da técnica de delegação à iniciativa privada.

Veremos mais sobre este ponto na sequência destes Estudos.

## 1.2. Aspectos regulatórios no trâmite legislativo (item 4.2, “a”, do Edital do PMI)

Em busca de mapear o tratamento que as loterias estaduais vêm recebendo do ponto de vista legislativo, verificamos projetos de lei em tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. No âmbito da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo não identificamos projetos de lei em tramitação sobre as loterias estaduais.

Destacamos, na tabela abaixo, os projetos de lei encontrados sobre a temática discutida.

Tabela 2 – Iniciativas em Trâmite Legislativo

Número do PL	Origem	Ementa	Tramitação	Apensados
472/2007	PLS 278/2006, que teve origem com a CPI criada por meio do Requerimento nº 245/2004 para investigar e apurar a utilização de casas de bingo para a prática de	Autoriza os Estados Federados e o Distrito Federal a explorar loterias	O PLS 278/2006 tramitou no Senado Federal entre os anos de 2006 e 2007, quando foi encaminhado à Câmara dos Deputados, onde recebeu o nº 472/2007.  Em 2014, o Relator do projeto na Câmara expôs que o PL foi distribuído à Comissão de Defesa do Consumidor (que aprovou o PL); à Comissão de Finanças e Tributação (que ainda não apresentou	PL 9237/2017: altera e revoga dispositivos do Decreto-Lei nº 204, de 27 de fevereiro de 1967, para permitir a exploração do serviço público de loterias pelos Estados.





	crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores		<p>parecer); e à Comissão de Constituição de Justiça e de Cidadania.</p> <p>Na ocasião, o Relator votou pela aprovação do PL, voto em que destacamos o seguinte trecho: “se a legislação em vigor permite ao governo federal explorar grande quantidade de produtos lotéricos, proibir que a mesma atividade seja exercida pelos Estados e pelo Distrito Federal constitui, na verdade, um tratamento bem contrário aos princípios constitucionais de igualdade dos Entes da Federação”.</p> <p>Em 25.05.2015 a Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira (CONOF) entendeu que “o PL autoriza a criação de loterias estaduais que não concorram com as loterias federais atualmente existentes. Sem repercussão, portanto, nas receitas e despesas públicas federais”.</p> <p>Em 19.05.2021 o Deputado Júlio Cesar (PSD/PI) requereu a realização de audiência virtual no âmbito da Comissão de Finanças e</p>	
--	--	--	---	--





			Tributação, com objetivo de debater o Projeto de Lei 472, de 2007, requerimento que foi aprovado no dia 26.05.2021. Assim, o PL aguarda o parecer do relator na comissão de finanças e tributação.	
442/1991	O PL foi apresentado em 27.10.2015 pelo Deputado Pompeo de Mattos (PDT-RS)	Dispõe sobre a exploração de loterias, em todas as modalidades e dá outras providências.	<p>Em 30.08.2016 o parecer do Relator entendeu pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa; pela não implicação da matéria em aumento ou diminuição da receita ou da despesa públicas, não cabendo pronunciamento quanto à adequação financeira e orçamentária, e, no mérito, pela aprovação do PL 442/1991, e dos PLs 1101/1991, 1176/1991, 1212/1991, 2826/2008, 6405/2009, 1471/2015, <b>2903/2015</b>, 6020/2009, 4062/2012, 3090/2015, 3096/2015, <b>3420/2015</b>, 3554/2015, 3815/2015, e 4065/2015, apensados.</p> <p>O PL aguarda a inclusão na pauta no plenário.</p>	<p>Foram apensados 24 PLs ao PL 442/1991, destacamos apenas os mais relevantes a seguir.</p> <p>PL 2903/2015: Dispõe sobre a exploração de jogos de fortuna em todo o território nacional.</p> <p>PL 3420/2015: Dispõe sobre a exploração de loterias, em todas as modalidades e dá outras providências. O §2º, art. 4º, do PL 3420/2015 dispõe que “Os Estados e o Distrito Federal poderão, através de legislações próprias, disciplinar os respectivos serviços públicos</p>

				<i>estaduais de loterias, cabendo-lhes a exploração das modalidades lotéricas no âmbito de seus territórios, respeitadas as diretrizes estabelecidas nesta lei”.</i>
182/2019	O PLC foi proposto em 05.08.2019 pelo Senador Jorginho Mello (PL/SC)	Autoriza as Unidades da Federação e o Distrito Federal a criarem a Loteria Estadual de Valorização da Educação (LEVE).	Em 04.12.2019 o PLC foi aprovado pelo Senador-Relator, com sete emendas. Atualmente, o projeto aguarda ser pautado na comissão.	N/A

Fonte: Consórcio SP Lotto.

### 1.3. Análise de decisões dos Tribunais Superiores (item 4.2, “a”, do Edital do PMI)

As normativas para regulamentação do serviço de loterias remontam de 1932 e vêm sofrendo sucessivas alterações desde então, culminando no Decreto-Lei nº 204/1967 – a última regulamentação federal sobre o tema, seguida pelas Leis nº 12.869/2013 e nº 13.756/2018. Frente às diferentes regulamentações alteradas ao longo dos anos, entende-se necessário realizar a breve retomada dos pontos centrais dos Decretos e dos Decretos-Lei emitidos entre 1932 e 1967.

Até 1932, as normativas acerca das loterias eram esparsas e, muitas vezes, contraditórias entre si. Diante desse cenário, em 10.03.1932 foi publicado o Decreto nº 21.143/1932 com intuito de reunir os regulamentos e



eliminar eventuais contradições e ambiguidades. A normativa classifica as loterias como serviço público, passível de concessão pela União e pelos Estados. Há, no Decreto, a expressa obrigatoriedade de que o serviço de loteria – seja ele federal ou estadual – devesse ser delegado mediante concorrência pública; no entanto, apesar de o Decreto nº 21.143/1932 fazer menção inúmeras vezes a “concessão” ou “concessionário”, não existe disposição expressa sobre o regime de outorga do serviço.

Em 24.01.1941 são novamente consolidadas as disposições sobre o serviço de loterias, por meio do Decreto-Lei nº 2.980/1941. Diferentemente do Decreto nº 21.143/1932, a nova regulamentação apresentou, expressamente, que a União e os Estados poderiam atribuir a exploração do serviço de loteria mediante concessão precedida de concorrência pública.

São, então, definidas diretrizes básicas acerca das concessões dos serviços de loteria, em que destacamos as seguintes instruções: obrigatoriedade de o concessionário comprovar capacidade financeira; vedação da participação de empresas estrangeiras, limitando a outorga de concessão apenas às empresas brasileiras ou firmas constituídas por brasileiros; prazo máximo de 5 (cinco) anos para as concessões; vedação da exploração de mais de um serviço lotérico pela mesma pessoa jurídica; e existência da possibilidade de transferência da concessão independentemente de anuência prévia do Poder Concedente, desde que respeitadas as condições de habilitação.

Em sequência, em 10.02.1944 é publicado o Decreto-Lei nº 6.259/1944, que mantém as disposições referentes ao regramento das concessões das loterias, mas inova ao centralizar a autorização para se explorar os serviços no Governo Federal, haja vista a tipificação criminal da exploração de jogos de azar, com dispositivo segundo o qual a derrogação das normas do Direito Penal somente caberia à União.

Em oposição ao que vinha sendo regulamentado, o Decreto nº 50.954 de 14.07.1961 estabeleceu que as loterias federais seriam exploradas diretamente pela União, sob o fundamento de que haveria conveniência em submeter as loterias ao regime de execução direta. Assim, o serviço da loteria federal passaria a ser executado pelo Conselho Superior das Caixas Econômicas, em colaboração com as Caixas Econômicas Federais.

Em 27.02.1967, o Decreto-Lei nº 204/1967 estabeleceu o regime de exclusividade da União na exploração das loterias, vedada a concessão dos serviços. Tal medida foi adotada, segundo o voto do Ministro Gilmar Mendes e

conforme os “considerandos” do próprio Decreto-Lei nº 204/1967, em um cenário em que as Santas Casas de Misericórdia e outras instituições hospitalares, para-hospitalares e médico-científicas enfrentavam uma situação financeira desfavorável e percebiam dificuldades na obtenção de recursos para manutenção do serviço de saúde prestado. Como forma de barrar o sucateamento dessas instituições de saúde, uma das medidas tomadas pelo Governo Federal à época foi a determinação da exclusividade da União na prestação dos serviços lotéricos, como forma de possibilitar que os recursos obtidos pelas loterias pudessem ser destinados às Santas Casas de Misericórdia.

Entende-se necessário aclarar que a decisão de submeter as loterias ao regime de execução direta foi tomada diante de circunstâncias da época, com diretrizes de intervenção direta do Estado nas atividades econômicas e na prestação de serviços públicos. A delegação da prestação do serviço não impede que os recursos obtidos com as loterias – ou, no caso, com a delegação da prestação do serviço das loterias – sejam direcionados para finalidades educativa e assistencial. Isto é, mesmo com a outorga da prestação do serviço à iniciativa privada, é mantida a destinação de verbas à seguridade social.

Apesar de definir que os serviços de loterias seriam prestados exclusivamente pela União, o Decreto-Lei nº 204/1967 permitiu que fossem mantidas as loterias estaduais já existentes quando da publicação do Decreto, as quais deveriam ser regidas pelo Decreto-Lei nº 6.259/1944 naquilo que não colidissem com a normativa de 1967.

Feita a breve explanação acerca das regulamentações das loterias entre os anos de 1932 e 1967, apresentamos, abaixo, tabela contendo o resumo dos pontos centrais das normativas abordadas acima.

*Tabela 3 – Histórico Legislativo de Loterias pela União*

<b>Decreto nº 21.143/1932</b>	O Decreto de 1932 estabelece que são consideradas como serviço público as loterias concedidas pela União e pelos Estados.
<b>Decreto-Lei nº 2.980/1941</b>	Apesar de o Decreto nº 21.143/1932 já fazer referência sobre a concessão como técnica de delegação da prestação do serviço, o Decreto de 1941 trouxe essa possibilidade de forma expressa, além de definir parâmetros e diretrizes básicas para a concessão das loterias (estaduais ou federais).

<b>Decreto nº 6.259/1944</b>	Em 1944, são mantidas as disposições do Decreto nº 2.980/1941 referente às concessões. A inovação trazida pelo Decreto e 1944 se mostra na derrogação das normas do Direito Penal por autorização direta quanto à loteria federal ou mediante decreto de ratificação quanto às loterias estaduais.
<b>Decreto nº 50.954/1961</b>	Por meio do Decreto nº 50.954/1961, definiu-se que a exploração das loterias seria feita diretamente pela União, sem a possibilidade de concessão do serviço público. Segundo o decreto, a prestação direta do serviço seria conveniente para assegurar a aplicação dos recursos às finalidades de natureza educativa e assistencial.
<b>Decreto-Lei nº 204/1967</b>	Em 1967, o Decreto nº 204 reitera a proibição da concessão e a exclusividade da União na prestação do serviço, excluídos os estados. Contudo, o Decreto nº 204/1967, apesar de vedar a criação de loterias estaduais, permite que as loterias estaduais já existentes sejam mantidas, seguindo as disposições do Decreto-Lei nº 6.259/1944.

*Fonte: Consórcio SP Lotto*

Conforme demonstrado acima, o Decreto-Lei nº 204/1967 vetou que novas loterias estaduais fossem criadas, autorizando apenas que as loterias estaduais já existentes fossem mantidas e, ainda, com a condição de que não aumentassem suas emissões, ficando limitadas às quantidades de bilhetes e séries em vigor na data da publicação do Decreto de 1967.

Ocorre que o sistema de loterias é uma importante fonte de financiamento de programas sociais como a seguridade social, conforme trechos da Constituição Federal e da Lei nº 8.212/1991, destacados abaixo:

*“Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:*

*[...]*



*III - sobre a receita de concursos de prognósticos”.*

*“Art. 26. Constitui receita da Seguridade Social a contribuição social sobre a receita de concursos de prognósticos a que se refere o inciso III do caput do art. 195 da Constituição Federal.*

*§1º. Consideram-se concursos de prognósticos todos e quaisquer concursos de sorteios de números, loterias, apostas, inclusive as realizadas em reuniões hípias, nos âmbitos Federal, Estadual, do Distrito Federal e Municipal.*

*§2º. Para efeito do disposto neste artigo, entende-se por renda líquida o total da arrecadação, deduzidos os valores destinados ao pagamento de prêmios, de impostos e despesas com a administração, conforme fixado em lei, que inclusive estipulará o valor dos seus direitos a serem pagos às entidades desportivas pelo uso de suas denominações e símbolos”.*

A vedação de que os Estados possam explorar o serviço das loterias acaba por prejudicar a economia e o financiamento de ações sociais promovidas pelos Estados, além de representar afronta ao princípio federativo, ao princípio de não intervenção e à proibição de monopólio<sup>36</sup>.

Em vista disso, o Governador do Estado do Rio de Janeiro e a Associação Brasileira de Loterias Estaduais (“ABLE”) ajuizaram, respectivamente, as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (“ADPF”) nº 492 e nº 493, julgadas em 30.09.2020.

As ADPFs, em síntese, questionam os artigos 1º, caput, e 32, caput, e §1º, do Decreto-Lei nº 204/1967. Segundo a ABLE e o Governo do Estado do Rio de Janeiro, os dispositivos da normativa impugnada que vedam a criação de loterias estaduais (i) violariam a autonomia dos Estados; (ii) ofenderiam o Pacto Federativo, ao limitar a capacidade de organização financeira dos entes em favor da União; (iii) criariam monopólio de serviço público para a União, não previsto na Constituição Federal; (iv) confeririam tratamento diferenciado aos Estados que possuíam loterias antes da publicação do Decreto-Lei nº 204/1967, em relação àqueles que não exploravam o serviço naquele marco temporal.

O acórdão que julgou as ADPFs nº 492 e 493 julgou também a Ação Direta de Inconstitucionalidade (“ADI”) nº 4986, proposta pelo Procurador-Geral da República em face dos artigos 1º a 10 da Lei Estadual nº 8.651/2007, bem como contra os Decretos 273/2011 (alterado pelo Decreto 346/2011), 784/2011 e 918/2011, todos do Estado de Mato Grosso.

A ADI questiona a constitucionalidade de dispositivos de normativas do Estado do Mato Grosso. O questionamento, segundo a

<sup>36</sup> Princípios previstos, respectivamente, no art. 1º, 18, 25, 37, caput e 60, §4º; no art. 34; e no art. 177, todos da Constituição Federal.





Procuradoria-Geral da República, está embasado no fato de que a Lei Estadual nº 8.651/2007 e os regulamentos versariam sobre a exploração dos serviços lotéricos, avançando sobre a competência privativa da União de legislar sobre o tema.

Para início do debate acerca da temática julgada, os Ministros reconheceram essencial definir a natureza jurídica da atividade lotérica, uma vez que a classificação das loterias se encontrava dividida naqueles que acreditavam se tratar de uma atividade econômica em sentido estrito, enquanto um outros pregavam que as loterias seriam classificadas como serviço público.

Por uma análise feita sob a perspectiva do essencialismo, as loterias poderiam ser classificadas como atividade econômica em sentido estrito, pelo fato de não se verificar na atividade o que o Ministro Gilmar Mendes chama de interdependência social. Contudo, conforme explica o Ministro, o direito administrativo brasileiro tem traçado um caminho em que a análise da interdependência social deixa de ser o critério utilizado para classificar atividades como sendo de serviço público ou não.

Adota-se, então, uma análise feita sob o viés formalista, que tem como ponto central a análise da “definição legal e regulamentar que delimita o regime jurídico especial de direito público”. Sob essa perspectiva, a atividade lotérica seria classificada como serviço público, haja vista expressa previsão legal nesse sentido, isto é, a legislação federal classifica os serviços lotéricos como serviços públicos. Especula-se que os motivos tenham relação direta com a destinação e externalidades decorrentes da prestação material destes serviços lotéricos, cujos recursos são destinados para programas sociais.

Em continuação, o Relator do caso, Ministro Gilmar Mendes, ao analisar a questão, apresentou diferenciação que se mostra de suma importância para entendimento do debate. Segundo o Ministro-Relator – que teve sua linha de pensamento corroborada pelo Ministro Alexandre de Moraes na construção de seu voto – a discussão acerca das loterias possui duas diferentes frentes: uma em que se discute a competência formal para legislar sobre a matéria; e outra em que se discute a competência material para explorar o serviço de loterias.

O Supremo Tribunal Federal (“STF”) julgou diversas demandas com relação à discussão acerca da competência formal para legislar sobre as loterias, ocasiões em que decidiu pela inconstitucionalidade de leis estaduais que tratam sobre loteria. Tal tema gerou, inclusive, a Súmula Vinculante 2, que dispõe ser “inconstitucional a lei ou ato normativo Estadual ou Distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias”.





Dessa maneira, pacífico<sup>37</sup> é o entendimento de que a competência para legislar sobre as loterias é privativa da União. Mesmo porque, é o que dispõe a Constituição Federal em seu art. 22:

*“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...]*

*XX - sistemas de consórcios e sorteios”.*

Não se deve, entretanto, entender a Súmula Vinculante 2, o dispositivo constitucional supracitado ou o entendimento exarado pelo STF em outros julgados como uma vedação completa de que os Estados criem quaisquer formas de regulamentação das loterias. Trata-se de um tema ainda não sedimentado, mas que encontra posicionamentos bem embasados – tanto jurisprudenciais quanto doutrinários – que afirmam ser possível que os Estados editem normativas com o intuito de organizar a forma como se dará a prestação do serviço das loterias estaduais, desde que não sejam contrariadas as disposições nacionais sobre o tema.

A definição dos limites de até onde a competência legislativa estadual pode avançar sem que ofenda a competência privativa da União de legislar sobre as loterias é uma seção controversa da discussão e poderá ser origem de empecilhos e inseguranças no futuro. Os riscos apresentados por essa discussão serão melhor analisados no próximo tópico.

Retomando para as frentes da discussão acerca das loterias, a segunda delas, segundo o Ministro Gilmar Mendes, seria a competência material para explorar o serviço de loterias. Analisando esse ponto sob o viés constitucional, o Ministro Gilmar Mendes reconhece que a Constituição Federal definiu a competência material privativa de determinadas atividades quando teve a intenção de fazê-lo<sup>38</sup> e, destaca-se, não incluiu os serviços lotéricos no rol de atividades privativas da União.

Não havendo, na Constituição, disposições que delegassem à União o serviço prestado pelas loterias, outra importante análise a ser feita, na visão do Ministro-Relator, seria a existência – ou não – de vedação à exploração

<sup>37</sup> O Ministro Gilmar Mendes, no acórdão de 30.09.2020 que julgou as ADPFs 492 e 493 e a ADI 4986, listou 14 (quatorze) precedentes que decidiram pela inconstitucionalidade de legislações estaduais que instituíam as loterias: ADI 3.630/DF, Rel. Min. Edson Fachin, Dje 13.9.2017; ADI 3.148-ED/TO, Rel. Min. Celso de Mello, Dje 29.9.2011; ADI 3.895/SP, Rel. Min. Menezes Direito, Dje 29.8.2008; ADI 2.950/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Dje 1º.2.2008; ADI 3.060/GO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Dje 1º.6.2007; ADI 3.277/PB, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Dje 25.5.2007; ADI 3.293/MS, Rel. Min. Celso de Mello, Dje 28.9.2007; ADI 3.189/AL, Rel. Min. Celso de Mello, Dje 28.9.2007; ADI 2.995/CE, Rel. Min. Celso de Mello, Dje 28.9.2007; ADI 3.063/MA, Rel. Min. Cezar Peluso, Dj 2.3.2007; ADI 3.147/PI, Rel. Min. Carlos Britto, Dj 22.9.2006; ADI 2.996/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Dj 29.9.2006; ADI 2.690/RN, Rel. Min. Gilmar Mendes, Dj 20.10.2006; ADI 3.259/PA, Rel. Min. Eros Grau, Dj 24.2.2006.

<sup>38</sup> Art. 21 da Constituição Federal.



das loterias pelos Estados. A esse respeito, não há na Constituição Federal ou nas regulamentações federais pretéritas ao Decreto de 1967 quaisquer restrições aos Estados no exercício dos serviços lotéricos e, ainda, conforme a Carta Magna, “são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”<sup>39</sup>.

Dessa forma, nota-se que o acórdão que julgou as ADPFs chegou às seguintes conclusões na análise da possibilidade material de exploração do serviço de loterias **(i)** não existem dispositivos constitucionais que delegam a exploração de lotéricas à União; **(ii)** inexistem dispositivos constitucionais – ou legais e regulamentares, se desconsiderarmos a existência do Decreto-Lei nº 204/1967 – que vedem a execução dos serviços lotéricos pelos Estados. Dito isso, foi construída a tese de que o Decreto-Lei não poderia restringir a competência material de exploração de serviço público a determinado ente. Nesse sentido, destacamos trecho de parecer incluído no acórdão, elaborado pelo Ministro Luís Roberto Barroso<sup>40</sup>:

*“Não estando o serviço público de loterias previsto dentre as atividades econômicas (CF, art. 177) e serviços públicos (art. 21, X, XI e XII) reservados expressamente à União pela Constituição da República – não há que se cogitar de monopólio federal sobre ele”.*

Assim, o Ministro-Relator conclui que a União não poderia, por meio de legislação infraconstitucional, excluir os entes federativos da prestação do serviço público lotérico e, portanto, os dispositivos do Decreto-Lei nº 204/1967 que estabeleciam a exclusividade da União sobre a prestação dos serviços de loteria não foram recepcionados pela Constituição de 1988 por afronta ao § 1º, art. 25.

O entendimento do Ministro-Relator foi acompanhado por todos os demais Ministros<sup>41</sup>, com ênfase ao voto do Ministro Alexandre de Moraes, que apresentou o mesmo raciocínio lógico para demonstrar a diferença entre a competência legislativa da União, que é privativa, e uma eventual competência administrativa para exploração<sup>42</sup>, que não é privativa da União.

Logo, tendo em vista a decisão proferida dos autos da ADPF nº 492, deixam de ser aplicados os arts. 1º e 32 do Decreto-Lei nº 204/1967 e os Estados passam novamente a poder criar lotéricas estaduais e aumentar as emissões de bilhetes e séries das loterias já existentes.

<sup>39</sup> §1º, art. 25 da Constituição Federal

<sup>40</sup> BARROSO, Luis Roberto. Loteria - Competência estadual - Bingo. Revista de Direito Administrativo, v. 20, n. 0, p.262–277, 2000. p. 269

<sup>41</sup> Ministro Alexandre de Moraes, Ministro Edson Fachin, Ministra Rosa Weber, Ministra Cármen Lúcia, Ministro Ricardo Lewandowski, Ministro Marco Aurélio e Ministro Luiz Fux.

<sup>42</sup> Página 47 do Acórdão

Com o intuito de apresentar alguns destaques de outros julgados relevantes sobre o tema, apresentamos a tabela abaixo contendo julgados do STF e do TRF que apreciaram demandas relativas à legislação e regulamentação de loterias pelos entes federativos, onde destacamos trechos que reiteram a competência dos estados para tratar do assunto.

Tabela 4 – Apanhado de Jurisprudência sobre atuação Estadual de Loterias

ADI 3895	Contexto	Ação movida pelo Governador do Estado de São Paulo em relação à Lei Estadual nº 12.519/2007
	Decisão	O Tribunal reconheceu a inconstitucionalidade da norma impugnada
	Trecho de Destaque	O Ministro Marco Aurélio apresentou voto em sentido diverso, onde afirma que <i>“continua convencido de que não cumpre à União reger serviço público, e o serviço lotérico, pela destinação dos recursos, é um serviço público do Estado, de uma unidade da Federação”</i>
ADI 2847	Contexto	ADI ajuizada pelo Procurador-Geral da República em face de leis distritais.
	Decisão	Vencido o Ministro Marco Aurélio, foi julgada procedente a ação, declarando inconstitucionais as Leis n.º 232/1992; 1.176/1996; 2.793/2001, e 3.130/2003, todas do Distrito Federal.
	Trecho de Destaque	Trechos retirados do Voto do Ministro Marco Aurélio: <i>“Perceba-se o alcance do estrago que uma concepção centralizadora ocasionará. A loteria estadual, sempre revelada como serviço público e voltada ao amparo social especialmente dos menos afortunados, está em todos os Estados, sendo exceção única o do Amapá, no que o Chefe do Poder Executivo nos dois mandatos que antecederam ao atual, governador João Capiberibe, vetou projetos que visavam a regulá-la. Também não cabe, diante da modalidade “bingo”, distinguir essa espécie, considerando-a, quanto à normatividade e até mesmo à exploração, primazia da infalível atuação federal. A sorte lançada, para usar vocábulo pertinente à matéria, é ampla. Ou bem se conclui que a previsão do inciso XX do artigo 22 da Constituição Federal diz respeito a consórcios e sorteios, sem a abrangência a ponto de solapar o</i>



ADI 3060		<p><i>princípio - até hoje não colocado em dúvida - consoante o qual ao Estado membro cumpre legislar sobre os próprios serviços públicos, ou, mitigando-se o federalismo, em concentração ímpar, não notada sequer no regime de exceção que precedeu os novos ares democráticos, a Carta de 1988, assenta-se a insubsistência, a ilicitude de toda a legislação estadual que até aqui foi observada, atribuindo-se à União legitimidade constitucional para legislar sobre a loteria estadual, essa espécie de serviço público. Este julgamento ganha, portanto, sentido maior, presentes quer as inúmeras ações em andamento contra leis de outros Estados, quer a sinalização ao Congresso Nacional, aos deputados e senadores, sobre o fidedigno alcance da Carta da República.</i></p> <p><i>[...]</i></p> <p><i>Por entender que não se tem, no inciso XX do artigo 22 da Constituição Federal, a competência exclusiva da União para legislar sobre loterias, o que acabaria por colocar as diversas loterias estaduais na clandestinidade, peço vênica ao relator para julgar improcedente o pedido formulado, ressaltando, mais uma vez, que se está a tratar não apenas da espécie "bingo", mas do gênero loteria. É como voto na espécie".</i></p>
	Contexto	Ação movida pelo Procurador-Geral da República em face da Lei Estadual nº 13.639/2000
	Decisão	Foi reconhecida a inconstitucionalidade da Lei do Estado de Goiás
	Trecho de Destaque	<p>O Ministro Carlos Ayres Britto expressou em seu voto o seguinte: "noutros termos, para que o Distrito Federal e os Estados-membros possam legislar sobre aspectos específicos de um dado sorteio é preciso que haja uma lei federal complementar que trace o regime jurídico central desse mesmo tipo de jogo ou loteria. Que o denomine e diga em que ele consiste. Quem responde pela sua empírica instituição. Qual o modo de operacionalizá-lo. Que faculdades, direitos, vedações, obrigações, ônus e bônus assistem aos apostadores ou concorrentes. Forma de pagamento do jogo e recebimento de prêmio, ou outra condição para recebê-lo. Procedimento recursal. A possibilidade de se explorar a atividade por forma exclusivamente pública ou privada, ou mistamente</p>



		<i>pública ou privada. E antecedendo a tudo, o processo mesmo de apostar ou competir. Aí, por certo, já atribuída uma identidade a cada qual dos jogos ou competições, o que sobejar é que pode ser objeto de autorização dita específica, para adaptar a concreta exploração de um determinado sorteio a decisões e estruturação administrativas de cada Estado-membro”</i>
ADI 3050	Contexto	ADI ajuizada pela Procuradoria-Geral da República em face do art. 18, <i>caput</i> e parágrafos 1º, 2º e 3º, da Lei nº 10.959/1997, e dos Decretos nº 40.593/2001, 40.635/2001 e 40.765/2001, todos do Estado do Rio Grande do Sul, a disporem sobre o serviço público de loterias em âmbito estadual.
	Decisão	Os Ministros julgaram improcedente o pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade
	Trecho de Destaque	<p>O Ministro Dias Toffoli dispôs o seguinte em seu voto: “Assim, partindo das premissas estabelecidas no julgamento das ações citadas, temos que reconhecer a possibilidade de o Estado do Rio Grande do Sul explorar o serviço de loterias e regulamentá-lo, desde que, ao fazê-lo mediante a edição das normas ora impugnadas, não tenha desbordado dos limites estabelecidos pela legislação federal”.</p> <p>Ainda, para sustentar seus argumentos, o Ministro Dias Toffoli menciona o trecho destacado a seguir, proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no voto proferido da ADPF 492: “[d]essa forma, em resumo, a mim me parece acertado inferir que as legislações estaduais (ou municipais) que instituam loterias em seus territórios tão somente veiculam competência material que lhes foi franqueada pela Constituição. Tais normas estaduais, sejam leis ou decretos, apenas ofenderiam a Constituição Federal caso instituíssem disciplina ou modalidade de loteria não prevista pela própria União para si mesma, haja vista que, nesta hipótese, a legislação estadual afastar-se-ia de seu caráter materializador do serviço público de que o Estado (ou município, ou Distrito Federal) é titular, isto sim incompatível com o art. 22, XX, da CF/88”.</p>

Processo nº 95.04.34573- 5	Contexto	Em 19.10.1995 o TRF4 julgou ação civil pública em que se discutia a proibição da exploração da loteria instantânea bônus da saúde
	Decisão	A liminar atacada foi deferida considerando os requisitos do “ <i>fumus boni juris</i> ” e do “ <i>periculum in mora</i> ”, motivo pelo qual deve ser mantida
	Trecho de Destaque	“A competência para legislar sobre consórcios e sorteios é da União Federal. O Estado-membro pode legislar, concorrentemente, sobre loterias. Essa competência não foi atribuída aos municípios”.

Fonte: Consórcio SP Lotto.

#### 1.4. Tributação de Lotéricas

A atividade lotérica é considerada por lei como um serviço público, conforme reconhecido pelo STF no julgamento das ADPF 492 e 493. A atividade é regulada pela Lei nº 13.756/2018, assim como pelas normas nacionais (e gerais) prescritas nos Decretos-Lei nº 204, de 1967, e 6.259, de 1944.

Diante do exposto, passaremos a analisar os possíveis efeitos tributários relacionados à tributação da Sociedade a ser constituída para explorar a atividade lotérica. Oportuno destacar que a análise ora apresentada não é exaustiva, tendo por objetivo apenas e tão somente a apresentação dos principais aspectos tributários relacionados ao projeto. Nesse sentido, os seguintes aspectos serão analisados:

- (i) Aspectos relevantes sobre o regime de apuração de tributos das pessoas jurídicas: IRPJ, CSLL, PIS e Cofins;
- (ii) Conceito de Receita Bruta e sua verificação no caso concreto; e
- (iii) Recomendações para tornar a atividade mais competitiva.

**I - Aspectos Relevantes sobre o Regime de Apuração das Pessoas Jurídicas: IRPJ, CSLL, PIS e COFINS:** regra geral, cumpre observar que existem duas espécies principais de tributação da renda a que estão sujeitas as pessoas jurídicas no Brasil, que diferem basicamente quanto à forma de apuração e às alíquotas aplicáveis do Imposto sobre a Renda das Pessoas



Jurídicas (“IRPJ”) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (“CSLL”) sobre o resultado apurado em um dado ano-calendário: o lucro real e o lucro presumido.

A depender do regime tributário, os procedimentos necessários à apuração dos principais tributos podem variar. Oportuno destacar que os regimes de tributação da renda (real ou presumido) geram efeitos não apenas no IRPJ e na CSLL, mas também sobre a contribuição para o Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (“PIS”) e a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (“COFINS”).

Aliás, é no regramento do IRPJ onde são encontradas as principais regras relacionadas a cada um dos regimes de apuração. Por essa razão que é tão importante o enfoque na legislação responsável pela sua regulamentação, que, atualmente, é o Decreto nº 9.850/2018, que aprovou o Regulamento do Imposto sobre a Renda (“RIR/18”).

Sobre o IRPJ, cumpre esclarecer que se trata de imposto incidente sobre o lucro tributável líquido das pessoas jurídicas. Possui alíquota base de 15%, acrescida de uma alíquota adicional de 10% sobre a receita anual que exceder R\$ 240.000,00 por ano ou R\$ 20.000,00 mensais.

No Código Tributário Nacional (“CTN”), o referido imposto encontra guarida no artigo 43, cuja redação estabelece que o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica. Logo em seguida os incisos desse mesmo dispositivo advertem que por renda deve-se entender o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos (I), enquanto os proventos de qualquer natureza consistem nos acréscimos patrimoniais não compreendidos como renda (II).

O artigo 44 do CTN, por sua vez, determina que a base de cálculo do imposto será o montante (real, presumido ou arbitrado) da renda ou dos proventos tributáveis. Nesse sentido, afirma-se que a base de cálculo do imposto consiste em uma aproximação do lucro efetivo, com base em algumas convenções, presunções e aproximações, o que pode acontecer na prática sob três formas: real, presumida e arbitrada.

Em princípio, o regime geral de tributação das pessoas jurídicas é o lucro real, salvo se elas optarem pela forma presumida, desde que, por óbvio, autorizadas pela legislação. A manifestação pela opção a um regime deve ocorrer – geralmente – no início do exercício financeiro. A eleição se dá com o primeiro pagamento do ano-calendário, no qual deve ser informado o código específico

referente ao regime eleito no Documento de Arrecadação de Receitas Federais (“DARF”).

Como regra, os períodos de apuração do IRPJ e da CSLL são trimestrais<sup>43</sup>, encerrados nos dias 31 de março, 30 de junho, 30 de setembro e 31 de dezembro. Já o prazo para recolhimento é até o último dia útil do mês subsequente ao do trimestre encerrado.

Apresentadas as regras gerais, cumpre destacar as particularidades que diferenciam os dois principais regimes de apuração, senão vejamos abaixo.

**1.1. Lucro Presumido:** no lucro presumido, como o próprio nome adverte, o imposto é calculado com base em uma presunção. Difere do lucro real que, conforme será indicado a seguir, tributa o lucro líquido ajustado. O limite atual para opção por este regime de tributação é R\$ 78 milhões de receita bruta auferida no ano anterior ao ano de opção.

Caso a pessoa jurídica ultrapasse o limite acima mencionado no curso do ano-calendário, tal fato não implica necessariamente mudança do regime de tributação, podendo continuar sendo tributada com base no lucro presumido dentro deste mesmo ano. Nada obstante, estará automaticamente obrigada à apuração do lucro real no ano-calendário subsequente, independentemente do valor da receita total que for auferida naquele ano.

A opção pela tributação da renda de acordo com a sistemática do Lucro Presumido tem como grande vantagem é a simplificação da apuração dos tributos federais devidos. Ao contrário do que será visto mais adiante no lucro real, no lucro presumido os cálculos para obtenção da base do imposto partem de valores globais da receita da pessoa jurídica, mediante a incidência de alíquotas de 15% de IRPJ (mais adicional de 10%, na parcela que exceder R\$ 60.000,00 por trimestre) e 9% de CSLL sobre a base presumida.

A base presumida é apurada por meio da aplicação de percentuais (índices de presunção) fixados pela lei sobre as receitas que a empresa obteve em determinado período, independentemente dos custos e despesas incorridos. Para a maior parte das atividades praticadas por empresas brasileiras o lucro presumido corresponde a 32% (trinta e dois por cento) do total de receitas auferidas, mas, como mencionado, nenhuma dedução ou ajuste poderá ser realizado para o cálculo do IRPJ e da CSLL. A composição da base de cálculo na apuração do lucro presumido é prevista pelo artigo 591 do RIR/18.

Os percentuais de presunção aplicáveis sobre a base de cálculo,

<sup>43</sup> Especificamente no Lucro Real, admite-se a apuração anual do IRPJ e da CSLL. Nessa hipótese, cumpre ao contribuinte antecipar o os tributos devidos mediante recolhimento de estimativas mensais.

por sua vez, variam de acordo com a atividade desempenhada pela atividade, conforme artigo 592 do RIR/18.

Ademais, no regime do lucro presumido, as pessoas jurídicas devem apurar o PIS e a COFINS pelo regime cumulativo. A base de cálculo será a receita operacional bruta da empresa, sem deduções com relação a custos, despesas e encargos, e as alíquotas serão de 0,65% para o PIS e 3% para a COFINS.

Por fim, com relação ao cumprimento de obrigações acessórias, estabelece o artigo 600 do RIR/18 que a pessoa jurídica habilitada à opção pelo regime de tributação com base no lucro presumido deverá manter I - escrituração contábil nos termos da legislação comercial; II - Livro Registro de Inventário, do qual deverão constar registrados os estoques existentes no término do ano-calendário; e III - em boa guarda e ordem, enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes, os livros de escrituração obrigatórios por legislação fiscal específica e os documentos e os demais papéis que serviram de base para escrituração comercial e fiscal. E o parágrafo único do mesmo dispositivo determina que o disposto no inciso I do caput não se aplica à pessoa jurídica que, no decorrer do ano-calendário, mantiver livro-caixa, no qual deverá estar escriturada toda a movimentação financeira, inclusive bancária.

Linhas gerais, pode-se dizer que grande vantagem desse regime é realmente a simplicidade das obrigações acessórias. Além disso, se o lucro da sociedade é superior à presunção estabelecida pela legislação, há uma vantagem tributária, tendo em vista que o imposto será calculado a partir de uma base menor. Por outro lado, caso incluídas nesse regime, as pessoas jurídicas não poderão compensar créditos de PIS/COFINS, tampouco deduzir algumas despesas da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

**1.2 – Lucro Real:** já no lucro real, o lucro tributável líquido corresponde ao lucro líquido contábil da pessoa jurídica obtido pela aplicação do BR GAAP (que consiste basicamente em uma cópia do IFRS - *International Financial Reporting Standards*), ajustado por algumas inclusões e deduções estabelecidas pela legislação tributária.

Quanto ao período de apuração, a pessoa jurídica optante pela sistemática do lucro real poderá adotar (i) a apuração em período trimestral (regra); ou (ii) optar pela apuração anual, mediante pagamento mensal de estimativas (antecipação). Independentemente do período de apuração, aplicam-

se as mesmas alíquotas adotadas na sistemática do lucro presumido, quais sejam, 15% para o IRPJ (com adicional de 10% naquilo que superar R\$ 60.000,00 no trimestre ou R\$ 240.000,00 no ano-calendário) e 9% para a CSLL, mas a diferença é que elas serão calculadas com base no resultado real da sociedade.

Em regra, no lucro real, as pessoas jurídicas devem apurar o PIS e a COFINS com base no regime não cumulativo, cujas alíquotas são de 1,65% para o PIS e de 7,6% para a COFINS, com a possibilidade de dedução de créditos.

Para este método, as sociedades devem adotar o regime de competência para fins contábeis e tributários. As exceções à adoção do regime de competência estão expressamente previstas em lei.

O lucro tributável não inclui, entre outros: receita de dividendos e lucros de outra entidade brasileira e resultado de equivalência patrimonial positivo de investimentos em empresas relacionadas. Despesas dedutíveis são geralmente todos os itens relacionados aos negócios ordinários da empresa, tais como estoque, créditos não garantidos (de acordo com certas características, depreciação, assistência técnica e pagamento real (sujeito a certas condições), perdas cambiais, entre outros.

**1.3 – Conclusões práticas:** Como se percebe pelas regras expostas, o regime do lucro presumido é bem mais simples que o lucro real, todavia ele impede o aproveitamento de créditos. Em suma, as alíquotas poderiam ser resumidas da seguinte maneira:

Tributo	Lucro Real	Lucro Presumido
<b>IRPJ</b>	Alíquota de 15% e adicional de 10% sobre o lucro líquido apurado no exercício	Alíquota de 15% e adicional de 10% sobre o lucro presumido. Como regra, aplica-se a alíquota de presunção do lucro no percentual de 32% para prestação de serviços
<b>CSLL</b>	Alíquota de 9% sobre o lucro líquido apurado no exercício	Alíquota de 9% sobre o lucro presumido. Como regra, aplica-se a alíquota de presunção do lucro no percentual de 32% para prestação de serviços
<b>PIS/COFINS</b>	Regime não cumulativo (PIS 1,65% e COFINS 7,6%)	Regime cumulativo (PIS 0,65% e COFINS 3%)

**II - Conceito de Receita Bruta da Atividade:** de acordo com o art. 12 do Decreto-lei nº 1.598/1977, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.973/2014, A receita bruta compreende (i) o produto da venda de bens nas operações de conta própria; (ii) o preço da prestação de serviços em geral; (iii) o resultado auferido nas operações de conta alheia; e (iv) as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos itens anteriores.

Trata-se (a receita) de ingressos de valores que repercutem no patrimônio de quem os auferem, modificando-o<sup>44</sup>. Por isso, determinados valores que apenas transitam nas contas de uma pessoa jurídica, mas não lhe pertencem, em regra não podem ser considerados como uma receita da pessoa jurídica.

Pois bem, a Lei nº 13.756/2018 dispõe, relativamente às atividades da loteria federal, que um percentual do produto da arrecadação com a atividade será reservado à “cobertura de despesas de custeio e manutenção do agente operador da loteria”.

Ainda, a referida lei estabelece que o valor remanescente arrecadado pelo operador da loteria deverá ser repassado ao Tesouro Nacional e a diversas outras entidades.

Nesse contexto, entende-se que, para a loteria federal, a receita da atividade é apenas e tão somente a parcela assegurada por lei ao operador dos serviços de loteria, porquanto a própria legislação confere aos demais valores destino diverso (e, portanto, impedem que tais valores se incorporem, ainda que temporariamente, ao patrimônio da pessoa jurídica).

Não obstante, tal dispositivo (que prevê repasses ao Tesouro Nacional) não é aplicável às loterias estaduais, sendo necessário, portanto, a verificação da legislação local. No Estado de São Paulo, a legislação sobre o tema é incipiente, já que uma lei recente revogou as normas que versavam sobre o tema.

Com efeito, recentemente foi publicada a Lei nº 17.386/2021, que, em seu artigo 15, autorizou expressamente o Poder Executivo do Estado de São Paulo a instituir e explorar a Loteria Estadual, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão.

A lei, contudo, é silente sobre a destinação dos valores arrecadados, isto é, não há nenhum dispositivo discriminando os percentuais de destinação dos valores arrecadados que permitam a exclusão de tais valores do conceito de receita do(s) operador(es) dos serviços de loteria.

Embora a redação do artigo 15 da Lei nº 17.386/2021 indique que o Estado deve “utilizar o resultado líquido obtido no custeio de ações voltadas à

<sup>44</sup> Nesse sentido, diga-se, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do Julgamento do Recurso Extraordinário 606.107, Relatora Ministra Rosa Weber, j. 22.05.2013, DJ 25.11.2013

*assistência social e à redução da vulnerabilidade social no Estado*", referido artigo não estabelece regra de repasse de valores ou, mesmo, o papel dos operadores como agentes para arrecadação de valores por conta e ordem do Estado.

**A ausência de dispositivo legal regulando a destinação dos valores arrecadados com a atividade tem como consequência a consideração, pelo operador (por exemplo, concessionária), como receita tributável o montante equivalente a 100% do valor por ele arrecadado (inclusive, os valores destinados ao *payout*<sup>45</sup>).**

É fundamental que esta conclusão seja afastada para agregar competitividade aos serviços lotéricos estaduais em face do modelo federal e dos demais concorrentes online. A efficientização tributária poderá ser concretizada por meio da adoção das recomendações constantes do item III desta análise de tributação de loterias.

**II.1 – Consequências Tributárias:** uma vez estabelecido que o valor total arrecadado pelo operador corresponde à receita bruta da sua atividade, tem-se que os tributos irão incidir sobre (ou serão apurados tomando por partida) o total do valor arrecadado, sem qualquer exclusão, exceto se adotadas as recomendações constantes do item III desta análise de tributação de loterias.

**II.1.1 – IRPJ/CSLL:** delegando-se os serviços lotéricos e caso a concessionária seja optante pelo Lucro Real, os eventuais repasses que sejam feitos para os programas sociais ou para pagamento do *payout* poderão ser deduzidos como custo na apuração do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica ("IRPJ") e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido ("CSLL"). Assim, o lucro tributável seria ajustado/reduzido pelos repasses.

Em contrapartida, caso a concessionária seja optante pelo Lucro Presumido, o valor da receita bruta (sobre o qual se aplicaria o índice de presunção da receita) seria equivalente ao valor total arrecadado, sem qualquer exclusão.

**II.1.2 – PIS/COFINS:** conforme mencionado, a Contribuição ao PIS e a COFINS incidem: (i) no regime não cumulativo, sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil; e (ii) no regime cumulativo, sobre o valor da receita bruta, conforme definição do art. 12 do Decreto-lei nº 1.598/1977.

Por isso, em ambos os casos, **a concessionária deverá incluir na base de cálculo de tais contribuições o valor total arrecadado com a sua atividade, sem qualquer exclusão.**

Caso a concessionária seja optante pelo Lucro Real e, portanto,

<sup>45</sup> "*Payout*" é a terminologia do setor lotérico referente ao montante pago aos apostadores como prêmio.



apure o PIS e a COFINS na modalidade não-cumulativa, referidas contribuições incidirão à alíquota de 1,65% e 7,6%. Ainda, é improvável que os valores repassados a terceiros deem direito ao reconhecimento de créditos, tendo em vista que, como regra, somente dão direito a créditos bens e serviços utilizados como insumos na prestação de serviços que tenham sido submetidos à tributação pelo PIS e pela COFINS.

Na hipótese de a concessionária ser optante pelo Lucro Presumido e, assim, se sujeitar à apuração do PIS e da COFINS no regime cumulativo, referidas contribuições incidirão, respectivamente, às alíquotas de 0,65% e 3%.

II.1.3 – ISS: o item 19.01 da Lei Complementar nº 116/2003 autoriza a cobrança do ISS sobre “*serviços de distribuição e venda de bilhetes e demais produtos de loteria, bingos, cartões, pules ou cupons de apostas, sorteios, prêmios, inclusive os decorrentes de títulos de capitalização e congêneres*”.

A base de cálculo do ISS é o preço do serviço, não sendo admitida qualquer exclusão deste valor, exceto se previsto em lei.

Por isso, diante da ausência de previsão legal, **o ISS incidirá sobre o valor total arrecadado pela concessionária, sem qualquer exclusão.**

A alíquota do ISS variará de município para município, devendo, contudo, estar entre 2% (mínimo) e 5% (máximo). A título exemplificativo, no Município de São Paulo a alíquota é de 5%.

II.1.4 – Tributos antigos: destacamos que o Decreto-Lei nº 6.259/1944 também traz normas gerais sobre o serviço de loteria, dispondo sobre a cobrança de uma “*contribuição*” específica em seu art. 13. Contudo, o tributo foi revogado pela Lei nº 8.522/1992, que expressamente declara em seu art. 1º, VI, a extinção da “*Taxa de Exploração de Loterias, criada pelo art. 13 do Decreto-Lei nº 6.259/44*”.

II.1.5 – Conclusão sobre os efeitos tributários: **a princípio, para fins de modelagem deve-se considerar o pagamento do PIS, da COFINS e do ISS sobre o valor total arrecadado.**

Nesse sentido, as tabelas abaixo indicam de forma resumida os tributos aplicáveis à atividade das concessionárias que exploram atividades lotéricas, tanto em caso de adoção da sistemática do Lucro Real, como na hipótese de adoção do Lucro Presumido.

Tabela 5 – Resumo da Tributação Lucro Presumido

Tributo	Lucro Presumido
IRPJ	Alíquota de 15% sobre o Lucro Presumido e Adicional de 10% para a parcela do Lucro que exceder o valor de R\$ 60 mil, no trimestre. O Lucro Presumido será equivalente a 32% da Receita Bruta da Lotérica (Comissão auferida pelos serviços prestados).
CSLL	Alíquota de 9% sobre o Lucro Presumido. O Lucro Presumido será equivalente a 32% da Receita Bruta da Lotérica (Comissão auferida pelos serviços prestados).
PIS/COFINS	Regime Cumulativo (PIS: 0,65% / COFINS: 3%). Incidente sobre a Receita Bruta da Lotérica (Comissão auferida pelos serviços prestados).
ISSQN	Regra geral a alíquota varia de 2% a 5% sobre o valor da comissão referente ao serviço de distribuição e venda de bilhetes. A título exemplificativo, no município de São Paulo a alíquota é de 5%.

Fonte: Consórcio SP Lotto

Tabela 6 – Resumo da Tributação Lucro Real

Tributo	Lucro Real
IRPJ	Alíquota de 15% sobre o Lucro Líquido apurado no exercício e Adicional de 10% para a parcela do Lucro que exceder o valor de R\$ 60 mil, no trimestre
CSLL	Alíquota de 9% sobre o lucro líquido apurado no exercício.
PIS/COFINS	Em regra, regime não-cumulativo (PIS: 1,65% / COFINS: 7,6%). Incidente sobre a Receita Bruta da Lotérica. Possibilidade de aproveitamento de créditos.
ISSQN	Regra geral a alíquota varia de 2% a 5% sobre o valor da comissão referente ao serviço de distribuição e venda de bilhetes. A título exemplificativo, no município de São Paulo a alíquota é de 5%.

Fonte: Consórcio SP Lotto.

Tabela 7 – Resumo da Tributação do Payout

Tributação Payout	
Art. 9º, inciso II da Minuta de Projeto de Lei apresentada pela Secretaria de Estado de Projetos Especiais do DF (SEPE): " <b>PAYOUT</b> : Pagamento das premiações aos APOSTADORES/JOGADORES e dos tributos incidentes sobre esses pagamentos."	
Tributo	Alíquota
IRRF	Alíquota de 30% sobre o valor do prêmio, quando pago em dinheiro, devendo ser retido pela fonte pagadora. O imposto incide somente sobre o valor do prêmio que exceder o valor da primeira faixa da tabela de incidência mensal do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (IRPF)

Fonte: Consórcio SP Lotto

Tabela 8– Resumo da Tributação do ISSQN

Legislação ISSQN - Decreto nº 53.151/12
<p>Art. 18. O valor do Imposto será calculado aplicando-se à base de cálculo a alíquota de: [...] III - 5,0% (cinco por cento) para os demais serviços descritos na lista do "caput" do artigo 1º deste regulamento.</p> <p>*****</p> <p>"A Procuradoria-Geral da República, em parecer subscrito pelo Procurador Moacir Antônio Machado da Silva, manifesta-se pelo não conhecimento do recurso, fundando-se em que: 'A atividade de distribuição e venda de bilhetes tem marcante caráter de prestação de serviços, aliás, definida em lei [...] O ISS, <b>cuja base de cálculo é o preço do serviço</b>, não atinge evidentemente o serviço público, a Administração da Loteria Federal, <b>salvo se fosse calculado sobre o valor do bilhete, anomalia que não ocorre na espécie [...]</b>' Adotando os fundamentos da sentença, os do acórdão, bem como os do parecer acima aludido, não conheço do recurso." (STF, RE 79709, Relator(a): BILAC PINTO, Primeira Turma, julgado em 23/04/1976)</p>

Fonte: Consórcio SP Lotto

Tabela 9 – Resumo da Tributação de Imposto de Renda

### Legislação - Regulamento do Imposto de Renda

Art. 732. Ficam sujeitos à incidência do imposto sobre a renda exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta por cento:  
I - os lucros decorrentes de prêmios em dinheiro obtidos em loterias, inclusive as instantâneas, mesmo as de finalidade assistencial, ainda que exploradas diretamente pelo Estado [...]

§ 1º O imposto sobre prêmios obtidos em loterias e sweepstake incidirá, a partir de 1º de janeiro de 2008, 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.

Fonte: Consórcio SP Lotto

**III – Recomendações:** considerando que as conclusões acima decorrem da falta de maior regulamentação pelo Estado sobre a atividade, recomenda-se que o Estado edite norma prevendo a destinação de parte dos valores arrecadados pela concessionária ao Tesouro Estadual (ou outras entidades), de forma semelhante ao que ocorre na legislação federal, a fim de que a receita da concessionária seja o valor arrecadado líquido dos repasses determinados pelo referido ato.

Ainda, tal ato deve indicar de forma expressa que a parte dos valores recebidos pela concessionária durante a concessão a serem repassados ao Estado é por ela recebido por conta e ordem do próprio Estado, a fim de que reste claro que a receita da concessionária é composta apenas e tão somente pelos valores de titularidade dela.

Tal previsão evitaria que os valores a serem repassados ao Estado e a título de *payout* integrem a receita bruta da pessoa jurídica exploradora da atividade lotérica (e sejam custo da atividade).

Modelo de regulamentação para adoção das recomendações acima consta no Anexo A deste Estudo. Mais uma vez, trata-se de normativo essencial para agregar competitividade aos serviços lotéricos estaduais, permitindo maior eficiência tributária, especificamente em face de tributos municipais e federais, permitindo que o delegatário somente recolha tributos sobre a parcela de arrecadação que não seja repassada ao Estado de São Paulo.

A manutenção da atual estrutura de arrecadação poderá prejudicar sobremaneira a competitividade dos serviços lotéricos estaduais em



face daqueles serviços prestados pela Caixa Econômica Federal e/ou por sites internacionais de apostas, já que estes concorrentes não estão sujeitos à tributação sobre toda a base de arrecadação dos serviços lotéricos.

Importante observar, adicionalmente, que nossa recomendação é que tais valores não integrem o valor da outorga (fixa ou variável), uma vez que esta não reduziria a receita bruta da concessionária e, portanto, não teria impactos na base de cálculo da Contribuição ao PIS, da COFINS e do ISS, afetando tão somente o lucro da concessionária (quer mediante amortização do ativo intangível, quer mediante reconhecimento de despesas no caso da outorga variável).

Assim, nossa **recomendação** é de que: (i) seja editado ato detalhando os valores a serem repassados ao Estado para custear ações voltadas à assistência social e à redução da vulnerabilidade social no Estado, bem como o papel da concessionária como mero agente arrecadador de tais valores por conta e ordem do Estado (ver Anexo A, com minuta referencial do normativo); e (ii) que eventual outorga (fixa ou variável) a ser estabelecida no Edital não contemple os valores de repasse obrigatório.

## 1.5. Incertezas, problemas e riscos

### 1.5.1. Limitação do poder normativo dos Estados na regulamentação da prestação do serviço

A jurisprudência do STF tem assentido que a União detém o poder privativo de legislar e regulamentar o sistema de loterias nacional, sendo vedado que os Estados o façam. Entretanto, assim como acontece em outros temas cuja competência legislativa seja privativamente da União<sup>46</sup>, não é viável que a União seja o único ente a emitir normativas sobre determinada temática.

A título de exemplo, compete privativamente à União legislar sobre trânsito e transporte, conforme o inciso XI do art. 22 da Constituição Federal. O transporte, contudo, apresenta níveis municipais, intermunicipais e interestaduais. Nesse caso, a competência privativa da União diz respeito ao transporte interestadual, além da fixação de diretrizes básicas para os transportes intermunicipais e municipais. Os Estados e os Municípios, portanto, não avançam na competência privativa da União ao editar regramentos supletivos e específicos para os transportes que não sejam de interesse federal. Seria, inclusive, pouco razoável que a União, alheia às particularidades de um determinado Estado ou Município, determinasse todo o regramento dos transportes municipais ou

<sup>46</sup> O art. 22 da Constituição Federal apresenta os temas que são de competência legislativa privativa da União.



intermunicipais.

O mesmo ocorre com as normas de licitação e contratos administrativos, temática cuja competência legislativa pertence também privativamente à União. Nesse âmbito, a União é responsável por estabelecer diretrizes básicas para as licitações e contratos administrativos. Contudo, não se pode excluir a competência dos Estados e dos Municípios de criarem normativas locais para o regramento das licitações, desde que não sejam contrariadas as normas gerais determinadas pela legislação federal.

Assim como nos casos exemplificados acima, é possível que os Estados regulamentem a exploração das lotéricas em âmbito estadual, como forma de reger o funcionamento local das loterias e definir detalhes específicos que não contrariem a regulamentação federal. Assim, segundo o Ministro Gilmar Mendes<sup>47</sup>, “tais normas estaduais, sejam leis ou decretos, apenas ofenderiam a Constituição Federal caso instituíssem disciplina ou modalidade de loteria não prevista pela própria União para si mesma, haja vista que, nesta hipótese, a legislação estadual afastar-se-ia de seu caráter materializador do serviço público de que o Estado (ou município, ou Distrito Federal) é titular, isto sim incompatível com o art. 22, XX, da CF/88”.

Ainda conforme o voto proferido pelo Ministro-Relator<sup>48</sup>, “as legislações estaduais instituidoras de loterias, seja via lei estadual ou por meio de decreto, constituem simples exercício de sua competência material de instituição de serviço público titularizado pelo Estado”.

Também nesse sentido, destaca-se o voto proferido nos autos da ADI 3050, em 04.11.2020, em que se julgou a constitucionalidade de leis e decretos do Rio Grande do Sul que dispunham sobre o serviço público de loterias em âmbito estadual. A ADI foi julgada improcedente e foi reconhecida a constitucionalidade dos dispositivos impugnados. Em seu voto, o Ministro Dias Toffoli, ao analisar a demanda, ressaltou o seguinte:

*“Desse modo, forçoso é fazer um aparte no ponto, sob pena de firmarmos posição que vai além daquela adotada no julgamento das ADPF nºs 492 e 493 e da ADI nº 4.986, no qual foi reafirmada a competência privativa da União para legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios, com a ressalva de que essa competência não impede os estados de explorarem a atividade e de regulamentá-la dentro da moldura legal delineada pelo ente federal. Assim, partindo das premissas estabelecidas no julgamento das ações citadas, **temos que reconhecer a possibilidade de o Estado do Rio Grande do Sul explorar o serviço de loterias e regulamentá-lo, desde que, ao fazê-lo***

<sup>47</sup> Página 39 do Acórdão

<sup>48</sup> Página 42 do Acórdão





***mediante a edição das normas ora impugnadas, não tenha desbordado dos limites estabelecidos pela legislação federal”.***

Assim, é possível adotar o entendimento de que os estados poderiam legislar, de forma complementar e sem invadir a competência da União, acerca das loterias estaduais. Este raciocínio traz outros desafios para interpretar a legislação federal e entender os contornos dos legítimos poderes regulamentares dos estados.

Não obstante, entendemos importante pontuar existir outra linha de raciocínio que poderia ser adotada para justificar a atuação legislativa dos estados.

A primeira delas entende que os Estados teriam competência para legislar sobre a atividade lotérica tão somente na hipótese de a União criar lei complementar que autorize os Estados a legislar sobre questões relacionadas à atividade lotérica, é o que dispõe o parágrafo único do art. 22 da Constituição Federal:

*“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:*

*[...]*

*XX - sistemas de consórcios e sorteios;*

*[...]*

*Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo”.*

É também o que dispõe Allan Fuezi Barbosa, no artigo “A possibilidade de instituição de apostas virtuais pelas loterias estaduais no Brasil e as limitações decorrentes do ordenamento jurídico pátrio<sup>49</sup>”:

***“Todavia, os poderes conferidos privativamente (para legislar sobre determinadas matérias) à União podem ser delegados aos Estados, através de lei complementar que não implique em transferência integral, nem extrapolação dos limites da delegação efetuada”.***

O entendimento encontra amparo também no âmbito judicial.

Nesse sentido, realçamos trecho do voto proferido pelo Ministro Ayres Britto na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.847/DF:

*“Há mais o que dizer. A normatização estadual ou distrital de*

<sup>49</sup> Disponível no seguinte endereço eletrônico: <  
<https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/3791/1/t1-3-l-allan-fuezi-007.pdf> >. Acessado em 31.08.2021.



*caráter específico pressupõe uma simultânea ou, quando menos, uma anterior legislação de caráter inespecífico. E de autoria, sobremais, da própria esfera de Poder autorizante: a União Federal. Noutros termos, para que o Distrito Federal e os Estados-membros possam legislar sobre aspectos específicos de um dado sorteio, é preciso que haja uma lei federal complementar que trace o regime jurídico central desse mesmo tipo de jogo ou loteria. Que o denomine e diga em que ele consiste. Quem responde pela sua empírica instituição. Qual o modo de operacionalizá-lo. Que faculdades, direitos, vedações, obrigações, ônus e bônus assistem aos apostadores ou concorrentes. Forma de pagamento do jogo e recebimento de prêmio, ou outra condição para recebê-lo. Procedimento recursal. A possibilidade de se explorar a atividade por forma exclusivamente pública ou privada, ou mistamente pública ou privada. E antecedendo a tudo, o processo mesmo de apostar ou competir. Aí, por certo, já atribuída uma identidade a cada qual dos jogos ou competições, o que sobejar é que pode ser objeto de autorização dita específica, para adaptar a concreta exploração de um determinado sorteio a decisões e estruturação administrativas de cada Estado-membro (e aqui é de se lembrar a concreta formação de Conselhos de Administração e Fiscalização, assim como o direcionamento de receitas para custeios desse ou daquele programa governamental)”.*

Conclui-se que, uma parte da doutrina e da jurisprudência reconhece que a legislação estadual poderá existir com a condição de que exista lei complementar prévia que autorize os Estados a realizar a atividade legiferante no tema.

Inexistindo tal legislação – como parece ser o caso – e havendo os mencionados entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que atentam para a possibilidade de que os estados tratem das loterias estaduais sem que isso afronte o art. 22 da Constituição, percebe-se que a atividade legislativa ou regulamentar dos estados prescinde de lei complementar que os autorize a fazê-lo.

Ante o exposto, é possível construir o entendimento de que os Estados teriam competência para legislar sobre as loterias, sob dois diferentes fundamentos: (i) o art. 22 da Constituição Federal não impediria que os Estados legislassem complementarmente sobre o assunto mesmo inexistindo legislação complementar sobre o tema, sendo, portanto, permitida a criação de leis



específicas estaduais para regulamentação da matéria lotérica; e/ou (ii) os Estados poderiam legislar sobre loterias desde que autorizados por lei complementar da União que dê autorização para que os Estados criem legislações sobre o tema.

Considerando o julgamento das ADPFs nº 492 e nº 493 e o julgamento da ADI nº 3050<sup>50</sup>, o reconhecimento de que a atividade legislativa do estado é cabível de forma complementar à legislação e regulamentação federal já existente parece adequado ao entendimento firmado recentemente pelo STF. Além disso, tal entendimento estaria de acordo com os princípios federativo, não intervenção e da proibição de monopólio.

Assim, entende-se que a atividade lotérica poderia ser regulamentada, de forma complementar, pelos Estados, sem que essa regulamentação representasse ofensa à competência privativa da União de legislar sobre o tema, preconizada pelo art. 22 da Constituição Federal.

Apesar deste entendimento, parece fato que existe risco de interpretação jurídica diversa, havendo, ademais, o risco de que normativos federais ou de diferentes estados impactem na organização da prestação material dos serviços lotéricos prestados no âmbito do Estado de São Paulo.

Por exemplo, a União poderá desenvolver nova modalidade lotérica e alterar todo o cenário de competição nacional dos serviços lotéricos estaduais. E, de outra banda, outros estados podem adotar entendimento jurídico diverso sobre os contornos da sua competência legislativa, por exemplo, ignorando a vedação de comercialização de loterias estaduais em outros estados e aportando competição de produtos em outros estados federados.

Em todos estes cenários, entendemos que a origem do risco é a mesma, qual seja, de ação do Poder Público, seja mediante alteração legislativa, seja por meio de fato do príncipe. São riscos que tradicionalmente são alocados ao Poder Concedente e aqui não parece existir motivos para ser diferente.

Adotando-se o critério de alocação do risco para a parte que detém melhor condição de lidar com sua materialização, parece certo que o particular pouco (ou nada) poderá fazer diante de medidas de alteração legislativa ou fato do príncipe, cabendo ao Poder Público Estadual assumir tais riscos, sob pena de afastar investidores.

<sup>50</sup> A ADI 3050 reconheceu a possibilidade de o Estado do Rio Grande do Sul explorar o serviço de loterias e regulamentá-lo, desde que, ao fazê-lo mediante a edição das normas ora impugnadas, não tenha desbordado dos limites estabelecidos pela legislação federal.

### 1.5.2. Desafio tecnológica

Em época de franca expansão da internet e de loterias online, parece seguro afirmar que os serviços de loteria são cada vez mais sensíveis ao desenvolvimento tecnológico.

De início, a boa prestação dos serviços lotéricos precisará considerar o abandono da dinâmica de venda de bilhetes em terminais fixos nos pontos de venda. Neste particular, inclusive, o Estudo Operacional sugere a adoção de abordagem *omni-canal*, segundo o qual será possível disponibilizar os serviços lotéricos através de todos os meios de interação utilizados pelos apostadores, p.ex. pontos de venda físicos (terminais), como também aplicativos móveis e plataforma online.

Isso tudo demonstra a importância da tecnologia para prestação adequada dos serviços lotéricos e consequentemente os riscos advindos do rápido desenvolvimento tecnológico.

Imagine-se, por exemplo, se a Caixa Econômica Federal entra em parceria com o Google para incluir na página do buscador o anúncio e/ou funcionalidade de serviços lotéricos federais. O jogo de competição do setor seria inevitavelmente abalado, por vezes ferido de morte.

Está correto que o investidor privado deverá lidar com parte deste risco, obrigando-se a prestar um serviço atual, sob pena inclusive de ver sua atividade infrutífera economicamente falando.

Contudo, não basta alocar o risco ao privado e esperar que o investidor seja resiliente diante de toda e qualquer alteração tecnológica que impacte na competição dos serviços.

Entendemos preciso endereçar este risco tecnológico por meio da previsão de uma cláusula contratual de extinção antecipada amigável do instrumento de delegação, permitindo a devolução dos serviços, sem penalidades ao investidor, se e quando ocorrer uma inovação tecnológica que impacte em determinado patamar de receita dos serviços. Abaixo apresentamos sugestão de cláusula:

Cláusula XPTO. Na hipótese de advento de solução tecnológica que comprovadamente impacte na projeção de receita dos serviços lotéricos em até [\*] %, fica configurada hipótese de rescisão amigável do presente instrumento concessório, restando autorizado à Delegatária, para todos

os fins de Direito, suspender imediatamente quaisquer atos e investimentos nos Serviços, também estando autorizado à Delegatária elaborar, a seu exclusivo critério, Plano de Devolução Contingente, para a rescisão antecipada da Delegação, que será integralmente retomada pelo Poder Concedente, no prazo de 90 (noventa) dias, contados da data de protocolo do Plano de Devolução Contingente Junto do Poder Concedente, sem aplicação de qualquer penalidade de parte a parte.

A medida acima permitirá não só a mitigação do desafio de constante atualização tecnológica, racionalizando o risco da operação lotérica de forma a impedir interrupções abruptas nos serviços fornecidos aos apostadores.

### 1.5.3. Concorrência com outros jogos e/ou concursos

Atualmente existe uma série de sites de apostas internacionais, que operam no Brasil sem qualquer instrumento de delegação formal. Seus servidores são internacionais e os contratos de aposta também detêm foro internacional, se furtando de fiscalização federal. Muitos destes sites, aliás, não fornecem loterias esportivas, mas sim verdadeiros jogos de azar, vedados pelo ordenamento jurídico nacional.

Trata-se de sites online que embora por vezes operem modalidade lotérica prevista em lei o fazem sem o devido instrumento jurídico de delegação do respectivo serviço público e, portanto, atuam de forma irregular no Direito brasileiro.

Há discussão em curso no mercado lotérico para regularizar a atuação destas plataformas, muitas das quais patrocinam até mesmo equipes de futebol.

O operador lotérico do Estado de São Paulo certamente atuará em competição com estes sites de apostas, o que impedirá qualquer abuso de eventual posição dominante que veja a consolidar (e isso sem mencionar a competição com a Caixa Econômica Federal).

Acontece, ademais, que o caráter ilegal de atuação destes operadores permite competição agressiva com os valores de *payouts* (prêmios) praticados pelos sites, os quais não pagam tributos e tampouco repassam valores de outorga e/ou realizam investimentos sociais nos países em que operam.



Entendemos que a modelagem do projeto deve considerar a competição destes agentes mesmo antes da sua regulamentação no Direito brasileiro, pois estar-se-á diante de competição lotérica que, ao lado do sistema lotérico federal, já existe e incide sobre as atividades de qualquer serviço público lotérico.

Desconsiderar tal cenário e prever mecanismo de reequilíbrio no contrato de concessão somente faria com que o contrato fosse assinado e imediatamente já incorresse em desequilíbrio da sua equação econômico-financeira.

Por tal razão, então, propõe-se considerar este cenário, mesmo antes da regulação e reconhecimento destas plataformas de jogos, com projeção de competição na modelagem econômico-financeira e técnica.

Adicionalmente, tendo em vista a relevância da pressão competitiva imposta por estes agentes, reiteramos a importância de se adotar a recomendação descrita na análise tributária pormenorizada acima. Isto é, é preciso racionalizar e eficientizar a arrecadação tributária dos serviços lotéricos do Estado como forma de agregar-lhe instrumentos para melhor competir com as loterias da Caixa Econômica Federal e dos sites internacionais de apostas. Pois, somente desta forma será possível praticar prêmios competitivos e efetivamente prestar serviços lotéricos atrativos aos usuários/apostadores.

Em paralelo, também se entende conveniente observar que as loterias estaduais poderão enfrentar algum grau de concorrência com os chamados concursos de títulos de capitalização, prestados por empresas privadas, em regime de mercado, sob regulação da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), haja vista, p.ex. a Circular SUSEP nº 569/18<sup>51</sup>. São exemplos de concursos de títulos de capitalização a *Tele-Sena*, do mesmo grupo econômico do *Sistema Brasileiro de Televisão – SBT*<sup>52</sup>.

E, além dos concorrentes acima, poderá haver competição de novos delegatários da Caixa Econômica Federal, como quase ocorreu por meio da delegação dos serviços públicos de loterias instantâneas do governo federal.

A pressão competitiva destes dois últimos tipos de agente econômico deve ser considerada na modelagem, seja para compor parte do cálculo do modelo econômico-financeiro, refletindo a competição ordinária com os concursos de títulos de capitalização, seja para prever instrumento de reequilíbrio econômico financeiro do instrumento de delegação na hipótese de queda extraordinária de receita em face do aparecimento de novos competidores

<sup>51</sup> Disponível em: <http://www.susep.gov.br/menu/informacoes-ao-publico/planos-e-produtos/capitalizacao#>. Acesso em: 09.06.2020.

<sup>52</sup> Disponível em: <http://www.susep.gov.br/menu/informacoes-ao-publico/planos-e-produtos/capitalizacao#>. Acesso em: 09 out. 2020



advindos de processo de desestatização dos serviços lotéricos do Governo Federal.

## 1.6. Identificação dos incentivos jurídico regulatórios capazes de potencializar os serviços lotéricos (Item 4.2, do Edital do PMI)

Abaixo detalhamos tema que possa ser utilizado para potencializar os serviços lotéricos, sem prejuízo de entendermos importante considerar algumas das observações anteriores, realizadas para afastar riscos e endereçar ineficiências fiscais ou mesmo de interpretação das normas gerais veiculadas pela União.

### 1.6.1. Lei Geral de Proteção de Dados

A Lei Federal 13.079/2018 ("Lei Geral de Proteção de Dados" ou "LGPD") regulamenta o tratamento de dados pessoais realizado por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado. Nos termos de seu art. 1º, o objetivo da LGPD é a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Ressalta-se que a LGPD protege os dados pessoas de maneira ampla, independentemente de se tratar de um dado coletado por meio físico ou digital, com atividade privada ou mediante serviço público.

Com essa finalidade, a LGPD estabelece diversos direitos e deveres que visam a proteção dos dados pessoais de pessoas naturais, dispondo sobre os principais conceitos e as situações fáticas que estão submetidas às suas disposições.

Conforme dispõe em seu art. 65, II, a LGPD entrou integralmente em vigor em agosto de 2021, exigindo que os agentes de tratamento se adequem e cumpram as disposições da lei.

No que diz respeito à futura delegatária dos serviços de Loteria no Estado de São Paulo, a atuação e operacionalização do serviço de loterias deverá respeito ao conteúdo da LGPD.

Dessa forma, sob a perspectiva da LGPD, duas situações surgem: (i) o dever geral de futura delegatária obedecer ao conteúdo da LGPD, aproveitando-se do tratamento de dados pessoais para o desenvolvimento de suas atividades (inerente p.ex. para bilhetes nominais); e (ii) possibilidade de

negócio e aferição de receitas por meio do tratamento de dados, com sua anonimização e comercialização para fins de receitas acessórias.

#### 1.6.1.1. Do dever da delegatária em obedecer ao conteúdo da LGPD

Conforme adiantado, a LGPD tem como finalidade a proteção dos direitos fundamentais da liberdade e privacidade<sup>53</sup>.

A Constituição Federal tutela a privacidade por meio de seu art. 5º, X, que dispõe: “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*”. A questão que se apresenta é qual a extensão da proteção dada à intimidade pelo sistema jurídico.

Parte da doutrina entende que privacidade e intimidade são conceitos diferentes, mesmo porque, se fossem sinônimos, não haveria razão de a Constituição utilizar dois vocábulos diferentes para se referir a um só significado. Paulo Gonet Branco explica que o direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes ao relacionamento interpessoal, enquanto o direito à intimidade é mais restrito, englobando apenas as conversações e episódios mais íntimos de uma pessoa<sup>54</sup>.

Ou seja, na tutela do bem jurídico, a LGPD utiliza o termo “privacidade”, que denota uma proteção mais ampla. Inclusive, em linha com tal ampla proteção, o art. 3º, *caput*, da LGPD apresenta redação legislativa aberta, *in litteris*:

Art. 3º Esta Lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado,

<sup>53</sup> No entendimento de David Banisar e Simon Davies, o direito à privacidade é um direito humano reconhecido e um dos mais importantes na atualidade: *Privacy is a fundamental human right recognized in the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights, and in many other international and regional treaties. Privacy underpins human dignity and other values such as freedom of association and freedom of speech. It has become one of the most important human rights issues of the modern age. David Banisar & Simon Davies, Global Trends in Privacy Protection: An International Survey of Privacy, Data Protection, and Surveillance Laws and Developments, 18 J. Marshall J. Computer & Info. L. 1 (1999)*. Assim, reconhece-se que a LGPD tutela um direito humano, isto é, o direito à privacidade, e vai em passo com outros diplomas normativos estrangeiros de igual temática, notadamente o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (“RGPD”) da União Europeia. Tanto é assim, que os autores ora mencionados apontam que a grande maioria dos países já protege o direito à privacidade em suas Constituições, havendo diversos movimentos legislativos no sentido de concretizar esse direito em seara infraconstitucional.

<sup>54</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 280.

independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados (...)

Os incisos do retro mencionados dispositivo apresentam critérios de territorialidade para a aplicabilidade das disposições da LGPD<sup>55</sup>. Dessa forma, *a contrario sensu*, todo o tratamento de dados que ocorre fora das hipóteses previstas nos incisos do art. 3º está, consequentemente, fora da abrangência da LGPD.

Além de definir o seu campo de incidência, a LGPD também apresenta conceitos chaves para sua aplicação e institui diversos procedimentos, direitos e deveres no que se referem ao tratamento de dados e à sua proteção. Os principais conceitos tratados na LGPD estão previstos nos incisos do art. 5º. Em suma, podemos selecionar os conceitos de: “dado pessoal” (art. 5º, I); “titular” (art. 5º, V); “tratamento” (art. 5º, X); “controlador” (art. 5º, VI); e “operador” (art. 5º, VII). Importante notar que essas definições, em linha com o art. 3º e com a proteção constitucional do direito à privacidade *lato sensu*, são bem abrangentes, abarcando o máximo de situações possíveis. Vide a definição legal de “tratamento”:

(...) toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração (...).

Nota-se a quantidade de verbos descrevendo condutas que se enquadram no conceito de “tratamento”, demonstrando uma clara intenção legislativa de fazer com a LGPD tenha ampla aplicabilidade.

No que tange à proteção do direito à privacidade, a LGPD destina-se apenas à tutela de pessoas naturais, conforme se depreende das definições de “dado pessoal” e “titular”, que expressamente referenciam à pessoa natural. Por outro lado, os conceitos de “controlador” e “operador” são amplos, dizendo respeito à pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado. Controlador é o sujeito que compete decidir sobre o tratamento de dados pessoais, ao passo que operador é quem realiza o tratamento em nome do controlador. Por vezes, o operador pode ser a mesma pessoa do controlador, mas não necessariamente isso deverá ocorrer, podendo haver pessoas distintas para cada definição.

Importante observar, portanto, que a LGPD não protege apenas

<sup>55</sup> Art. 3º Esta Lei aplica-se a qualquer operação (...) desde que:

I - a operação de tratamento seja realizada no território nacional;

II - a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou

III - os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional.



o direito à privacidade da pessoa física contra outras pessoas privadas, mas também protege também no que diz respeito ao tratamento de dados realizados pela Administração Pública. Excepcionalmente, poderá a Administração Pública realizar o tratamento sem que haja incidência da LGPD, todavia, as hipóteses para tanto estão taxativamente dispostas em lei.

Dentre os deveres instituídos, o art. 7º institui os requisitos para que o tratamento de dados seja legítimo, quais são: (i) mediante consentimento do titular; (ii) para cumprimento de obrigação legal ou regulatória do controlador; (iii) para execução de políticas públicas pela administração pública; (iv) para realização de estudos por órgãos de pesquisa; (v) quando necessário para execução de contrato ou procedimentos preliminares a um contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular; (vi) para o exercício regular de direitos em processos judiciais, administrativos ou arbitrais; (vii) para proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; (viii) para tutela da saúde, com procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias; (ix) quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiros, salvo quando prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção de seus dados pessoais; e (x) para proteção do crédito.

Por fim, cabe apontar que a LGPD estabelece uma série de direitos aos titulares dos dados pessoais. O art. 17<sup>56</sup> garante a liberdade, a intimidade e a privacidade à toda pessoa natural, ao passo que o art. 18 especifica os direitos dos titulares, determinando que, em relação aos dados tratados, o titular tem o direito de obter do controlador: (i) confirmação da existência de tratamento de seus dados pessoais; (ii) acesso de seus dados pessoais; (iii) corrigir dados pessoais incompletos, inexatos ou desatualizados; (iv) anonimização, bloqueio ou eliminação de dados pessoais desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com a LPD; (v) portabilidade de dados pessoais a outro fornecedor de produto ou serviço; (vi) eliminação de dados tratados com o seu consentimento; (vii) obtenção de informações sobre as entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou o compartilhamento de dados pessoais; (viii) obtenção de informações sobre a possibilidade de não consentir com o tratamento de dados pessoais e sobre as consequências da negativa; e (ix) revogação do consentimento dado para o tratamento de dados pessoais.

De acordo com a LGPD, o tratamento de dados pessoais realizado por pessoas jurídicas de direito público deve ocorrer *“para o atendimento de finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de*

<sup>56</sup> Art. 17. Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei.

*executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público*” (art. 23). Por outro lado, a LGPD estabelece que o consentimento dos titulares para o tratamento de seus dados é a premissa fundamental.

Adicionalmente, nos termos do art. 26, a LGPD veda que o Poder Público transfira às entidades privadas “dados pessoais constantes de bases de dados a que tenha acesso”. Porém, existem **exceções**, sendo que nos interessa a prevista no inciso IV, do § 1º: “quando houver previsão legal ou a transferência for respaldada em contratos, convênios ou instrumentos congêneres”

Além dessa previsão, o art. 27 dispõe que o uso compartilhado de dados pessoais de pessoa jurídica de direito público a pessoa de direito privado deverá ser comunicada à ANPD e, também, dependerá do consentimento do titular, **exceto** em algumas situações, sendo uma delas exatamente a prevista no dispositivo anterior (art. 26).

Dessa forma, tanto no caso de transferência, quanto na situação de uso compartilhado de dados pessoais, a existência de “contratos, convênios ou instrumentos congêneres” entre o Poder Público e o parceiro privado parece ser uma **condição suficiente** para legitimar o tratamento de dados pessoais pelo particular, sem a necessidade do consentimento prévio do titular dos dados pessoais.

Ao tratarmos da delegação do serviço público de loteria a um particular, haverá o exercício de uma função pública por parte do particular. Independentemente da modalidade de delegação (concessão, permissão, autorização, etc.), haverá um instrumento jurídico (contrato, termo de adesão, etc.) que poderá se enquadrar no previsto no art. 26, § 1º, IV, da LGPD.

Isso significa que, no **exercício do serviço de loterias, a futura delegatária poderá coletar e tratar os dados dos usuários do serviço**, tais quais nomes, número de documento, endereço, gênero, profissão, etc. Tais informações serão coletadas justamente para viabilizar a prestação do serviço. É por meio desses dados que a futura delegatária poderá identificar o titular do bilhete premiado, fazer contato direto com esse usuário, transferir valores, etc. A necessidade desses dados, em última instância, é necessária justamente para garantir maior segurança e qualidade ao serviço público prestado.

Os mesmos dados, aliás, podem ser adotados pela delegatária dos serviços públicos lotéricos para fomentar campanhas de marketing dos produtos de loteria, permitindo sua competição adequada com os serviços federais e aqueles fornecidos pelos sites internacionais.

Nesse contexto, partindo-se da premissa de que não haverá desvio de finalidade no tratamento de dados pessoais, o consentimento poderá ser preterido, conforme dispositivos aplicáveis da LGPD supramencionados.

Ainda assim, duas ressalvas merecem ser feitas.

Primeiramente, a coleta e tratamento de dados pela futura delegatária será performada dentro dos limites da LGPD e do futuro instrumento de outorga. Para qualquer atividade fora disso, o consentimento e a proteção do sigilo dos dados não serão afastados.

Segundamente, sob uma interpretação conservadora, é possível que a futura delegatária realize a coleta e tratamento de dados mediante consentimento do titular. Ora, a LGPD é uma lei nova e passível de interpretação pelos órgãos de controle, principalmente pela Agência Nacional de Proteção de Dados (“ANPD”). Isso significa que, eventualmente, a interpretação quanto à necessidade ou não do consentimento necessário para o tratamento de dados realizado por delegatária de serviço público possa ser alterada.

De todo modo, mesmo que seja exigível o consentimento do titular dos dados, trata-se de uma opção que é plenamente viável na execução dos serviços a serem realizados pela futura delegatária. No ato da venda do bilhete, físico ou digital, poderá ser solicitado que o titular do dado consinta e disponibiliza as informações pessoais que garantam maior segurança e rastreabilidade do usuário que comprou o bilhete.

Mas é importante termos em mente que, diante da LGPD, a futura delegatária deverá obedecer às disposições legais no que diz respeito ao tratamento de dados. Reitera-se, o fato de o consentimento ser eventualmente dispensável, não afasta os deveres de sigilo, finalidade e segurança ao tratar os dados pessoais dos usuários.

#### 1.6.1.2. Oportunidade de negócios no tratamento de dados (receita acessória)

Sem prejuízo da estrita observância que a futura delegatária deverá ter ao disposto na LGPD, o tratamento de dados poderá ser uma oportunidade de negócio, o que pode privilegiar a modicidade tarifária e constituir uma receita acessória. Com relação à última, eventual compartilhamento eficiente de receitas acessórias permitirá uma arrecadação maior ao erário.

Conforme mencionado, como parte integrante do serviço a ser



realizado, a futura delegatária irá coletar dados pessoais dos usuários apostadores. Os dados que permitem identificar o seu titular são protegidos pela LGPD, contudo, o diploma normativo deixa de ser aplicável a partir do momento em que os dados são anonimizados e passam a poder ser comercializados com terceiros.

A LGPD, art. 5º, XI, define anonimização como *“utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo”*.

Nos termos de seu art. 12, os dados anonimizados não serão considerados dados pessoais para os fins desta Lei, salvo quando o processo de anonimização ao qual foram submetidos for revertido, utilizando exclusivamente meios próprios, ou quando, com esforços razoáveis, puder ser revertido.

Ou seja, uma vez que os dados pessoais coletados e tratados no âmbito da prestação do serviço de loteria sejam anonimizados, tais dados deixam de ser dados pessoais para fins da LGPD. Isso permite que os dados anonimizados sejam explorados comercialmente pela delegatária.

Ressalta-se, a realização dessa atividade tem um enorme potencial arrecadatário para o Estado, contanto que o eventual compartilhamento de receitas não inviabilize essa atividade. Caso o compartilhamento seja demasiadamente em favor do Poder Concedente, como por exemplo, numa proporção de um mínimo de 50% do compartilhamento da receita auferida pela futura delegatária, não haverá incentivo para que a delegatária realize essa atividade. Já com um compartilhamento mais ponderado, na base de até 5%, haverá um maior estímulo para que a delegatária realize essa atividade, aumenta a arrecadação ao erário.

Afinal, trata-se de atividade relativamente nova e com potencial econômico ainda em provação pelo mercado. Faz sentido que haja incentivo ao investidor buscar desenvolver o projeto acessório e compartilhar apenas pequena parcela para com o Estado.

#### 1.6.1.3. Riscos regulatórios relacionados com a LGPD

Conforme apontado anteriormente, a LGPD possui implicações de conformidade e de oportunidade de negócios à futura delegação de serviço público. Ainda assim, por se tratar de uma lei relativamente recente, existem riscos jurídicos e regulatórios atrelados. Ressalta-se que a interpretação realizada pelos



órgãos de controle poderá ser alterada, o que pode expandir ou limitar determinadas situações e/ou deveres previstos na LGPD.

Nesse sentido, as condutas praticadas pela delegatária em desconformidade com a LGPD poderá ensejar a aplicação de sanções administrativas pela ANPD, sem prejuízo de eventual responsabilidade civil e penal. No que diz respeito às sanções administrativas, a LGPD dispõe o seguinte em seu art. 52:

Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional:

I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;

II - multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração;

III - multa diária, observado o limite total a que se refere o inciso II;

IV - publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência;

V - bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização;

VI - eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração;

X - suspensão parcial do funcionamento do banco de dados a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até a regularização da atividade de tratamento pelo controlador;

XI - suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período;

XII - proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados.

O dispositivo legal permite a aplicação de sanções às pessoas privadas, naturais ou jurídicas. No mais, conforme já apontado, o art. 52, § 2º,



dispõe que a aplicação das sanções previstas na LGPD não afasta a aplicação das sanções previstas no Código de Defesa do Consumidor ou em legislação específica. Isto é, se a conduta praticada pelo agente de tratamento for, ao mesmo tempo, uma infração perante outra lei, esta será sancionada independentemente da aplicação das sanções previstas na LGPD.

Entretanto, apesar de a LGPD definir quais são as sanções aplicáveis, o diploma normativo deixa de tipificar<sup>57</sup> as infrações administrativas com as respectivas sanções aplicáveis. Nos termos do art. 53 da LGPD, a ANPD definirá, por meio de regulamento próprio, as infrações administrativas e as metodologias que orientarão o cálculo do valor-base das sanções de multa.

Enquanto esse regulamento não for editado, as sanções previstas na LGPD não poderão ser aplicadas. A tipicidade exige a descrição objetiva da conduta infracional, o que não ocorre no caso da LGPD, visto que isso deverá ser feito por meio de regulamento. É verdade que a lei já prescreve diversas condutas, o que ensejaria a chamada tipicidade permissiva, todavia, não há nenhuma conduta objetivamente tipificada e nem qual a sanção aplicável. Portanto, por inexistência do regulamento com as condutas tipificadas, há uma zona de incerteza no que diz respeito à aplicabilidade das sanções administrativas.

Contudo, se por um lado as sanções administrativas dependem de regulamentação para sua plena aplicabilidade, as sanções civis já estão sendo aplicadas. A LGPD já está plenamente em vigor e já existem precedentes de responsabilização de empresas pela utilização indevida de dados pessoais<sup>58</sup>.

Portanto, a futura delegatária estará sujeita às sanções administrativa e responsabilização pelo tratamento dos dados pessoais, o que está sujeito à interpretação dos órgãos de controle, notadamente a ANPD.

Para evitar condutas irregulares e eventual responsabilização e sancionamento, a futura delegatária poderá adotar programa de governança de privacidade, conforme previsto no art. 50 da LGPD.<sup>59</sup>

<sup>57</sup> Conforme leciona Rafael Munhoz de Mello, a tipicidade “*exige que o comportamento proibido esteja descrito de modo claro e preciso na norma jurídica, assim como exige precisão e clareza na descrição da sanção a ele correspondente*” (MELLO, Rafael Munhoz. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 133).

<sup>58</sup> Vide: “Construtora é condenada com base na LGPD por compartilhar dados de comprador de imóvel- Autor recebeu contatos de instituições financeiras, consórcios, empresas de arquitetura e de fornecimento de mobiliário. Justiça de SP fixou R\$ 10 mil de dano moral”, disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/334178/inedito--construtora-e-condenada-com-base-na-lgpd-por-compartilhar-dados-de-comprador-de-imovel>, acesso em 31/08/2021.

<sup>59</sup> Art. 50. Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de associações, poderão formular regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de



Por meio de art. 52, § 2º, I, a LGPD estabelece quais os objetivos mínimos a serem atendidos pelo programa de governança em privacidade a serem adotados pelo controlador dos dados, quais são: (i) demonstração do comprometimento em adotar processos e políticas internas que assegurem o cumprimento de normas e boas práticas relativas à proteção de dados pessoais; (ii) aplicabilidade a todo o conjunto de dados pessoais que estejam sob seu controle, independentemente do modo como se realizou sua coleta; (iii) adaptação do programa à estrutura, à escala e ao volume de suas operações, bem como à sensibilidade dos dados tratados; (iv) estabelecimento de políticas e salvaguardas adequadas com base em processo de avaliação sistemática de impactos e riscos à privacidade; (v) que tenha o objetivo de estabelecer relação de confiança com o titular, por meio de atuação transparente e que assegure mecanismos de participação do titular; (vi) que esteja integrado a sua estrutura geral de governança e estabeleça e aplique mecanismos de supervisão internos e externos; (vii) que conte com planos de resposta a incidentes e remediação; e (viii) que seja atualizado constantemente com base em informações obtidas a partir de monitoramento contínuo e avaliações periódicas.

A adoção desse programa de governança permite que a futura delegatária adote as melhores práticas, garantindo conformidade com a LGPD ao realizar a coleta e tratamento de dados pessoais dos usuários do serviço público de loterias.

Trata-se de um mitigador que pode garantir que delegatária não descumpra o disposto na LGPD, evitando sanções e responsabilização, e que confere segurança sobre os dados coletados no âmbito da delegação.

---

segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais.

## 2. Capítulo II – Modelos de delegação

### 2.1. Regime jurídico da prestação do serviço público de loterias

Em nosso ordenamento jurídico, há duas espécies de atividades definidas pela Constituição: (i) atividades privadas; e (ii) atividades públicas. A definição de uma atividade como pública ou privada é relevante na medida em que na primeira incide o regime jurídico de direito público, enquanto na segunda há incidência do regime jurídico de direito privado.

No regime jurídico de direito privado vigora a liberdade. Conforme prescreve o art. 5º, II, da Constituição Federal, tudo é permitido aos privados desde que não seja proibido por lei.

No regime jurídico de direito público, a lógica é inversa. A definição do que são atividades públicas e a forma como elas devem ser exercidas deve estar necessariamente prevista, expressa ou implicitamente, no ordenamento jurídico.

A identificação de uma atividade como sujeita ao regime jurídico de direito público se dá a partir do próprio ordenamento jurídico<sup>60</sup>. Isto é, havendo definição prévia em norma jurídica de que a atividade é uma atividade pública, aplica-se o regime jurídico de público.

Nesse sentido, considerando o quadro normativo brasileiro, a Administração Pública, no exercício da função administrativa, exerce diferentes atividades buscando concretizar a satisfação do interesse público. As atividades administrativas são *inúmeras e heterogêneas*: a fiscalização de atividades privadas, o fomento à saúde, **a prestação de serviços públicos**, a regulação da atividade econômica, dentre outras.

Com relação aos serviços públicos, é possível que o Poder Público possa *descentralizar* a sua prestação. Isto é, conforme leciona Marçal

---

<sup>60</sup> Na lição de André Luiz Freire, a identificação dessas atividades parte do próprio ordenamento jurídico. Ou seja, não uma característica material que defina uma atividade como pública ou privada, a definição se dá, na verdade, de maneira formal. Abaixo, transcrevemos trecho elucidativo desse autor: “De todo modo, em todas as situações o constituinte conferiu tais atividades ao Estado por reputar ser a alternativa mais conveniente aos interesses da sociedade. Ele considerou que os diversos fins sociais (...) seriam concretizados de forma mais adequada se atribuídos ao Estado. Essa foi uma decisão do constituinte originário, positivava no texto constitucional de 1988. (...) De outro lado, a Constituição delimitou um campo próprio para a sociedade. Neste terreno se encontram as atividades privadas, as quais são identificadas de modo residual: aquilo que não foi conferido pela Constituição ou pelas leis ao Estado pertence ao domínio privado” (FREIRE, André Luiz. *O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, pp. 30-31.)



Justen Filho<sup>61</sup>, na descentralização há a transferência de uma atividade administrativa para uma pessoa jurídica diversa, de direito público ou privado.

Na hipótese de a descentralização ser realizada para pessoas privadas não integrantes da Administração Pública, devem ser utilizados os instrumentos previstos na Constituição Federal, quais sejam: (i) concessão; (ii) permissão; ou (iii) autorização. Tudo dependerá do tratamento constitucional e legal sobre a atividade a ser descentralizada.

Conforme já exposto, a legislação regente sobre o tema define as loterias como serviço público, o que foi convalidado pelo STF. É o que dispõe o art. 20 do Decreto Federal 21.143/1932, abaixo transcrito:

Art. 20. São consideradas como serviço público as loterias concedidas pela União e pelos Estados.

O art. 1º do Decreto-lei 204/1967<sup>62</sup>, discutido no âmbito das ADPFs 492 e 493, também caracteriza a loteria como serviço público, apesar de incorrer na inconstitucionalidade de atribuir exclusividade à União. E visão semelhante é vista no art. 29 da Lei nº 13.756, de 2018, quando a União regula a submodalidade de quota fixa para fins dos serviços federais. Lá também fala-se em modalidade lotérica “*sob a forma de serviço público exclusivo da União*”.

Portanto, a sua prestação pode ser feita diretamente pelo Poder Público competente ou mediante descentralização, hipótese em que a prestação do serviço será delegada a um particular.

Ressalta-se, o serviço mantém sua natureza de serviço público, contudo, poderá ser prestado por particular delegatário, o que pode conferir maior eficiência na sua prestação.

Portanto, o objeto do presente capítulo é justamente analisar quais os modelos adequados para a delegação do serviço público de loteria.

<sup>61</sup> “A diferença entre as duas figuras (desconcentração e descentralização) reside em que o mecanismo da descentralização produz a transferência de poderes e atribuições para um sujeito de direito distinto e autônomo. Portanto, a descentralização acarreta a existência de um número maior de sujeitos titulares dos poderes públicos. Já o processo de desconcentração mantém os poderes e atribuições na titularidade de um mesmo sujeito, gerando efeitos meramente internos, em virtude da partilha dos poderes e competências entre uma pluralidade de órgãos” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 16. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016)

<sup>62</sup> 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.



### 2.1.1. Autorização

A autorização é um instrumento jurídico que permite a exploração de serviços e utilidades públicas por particulares. Dessa forma, convém fazer uma análise sobre a utilização eventual da autorização para a delegação do serviço público de loteria no âmbito do Estado de São Paulo.

De início, convém esclarecer que a autorização para delegação de serviços públicos não se confunde com a leitura rotineira do ato administrativo de autorização. Conforme leciona Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, a autorização é o ato administrativo discricionário, unilateral, pelo qual se faculta, a título precário, o exercício de determinada atividade material, que sem ela seria vedado.<sup>63</sup> Em sentido semelhante, Hely Lopes Meirelles aponta que a autorização é o ato administrativo discricionário e precário pelo qual o Poder Público torna possível ao pretendente a realização de certa atividade, serviço ou utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo ou predominante interesse, que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração.<sup>64</sup>

Em verdade, o ato de autorização para a realização de determinada atividade possui previsão na Constituição Federal, art. 170, que dispõe que a todos é assegurado o “*o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei*”.

Por sua vez, ao tratar da autorização para exploração material de parcela de um serviço público, nos referimos às hipóteses constitucionais que permitem a exploração de determinados serviços mediante *autorização*, concessão ou permissão de serviço público. Tais hipóteses são: (i) serviços de telecomunicações (art. 21, XI); (ii) radiodifusão sonora, de sons e imagens (art. 21, XII, “a”; art. 223, *caput*); (iii) serviços e instalações de energia elétrica, bem como o aproveitamento energético dos cursos de água (art. 21, XII, “b”); (iv) navegação aérea, aeroespacial e infraestrutura aeroportuária (art. 21, XII, “c”); (v) transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites do Estado (art. 21, XIII, “d”); (vi) transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (art. 21, XII, “e”); (vii) portos (art. 21, XII, “f”).

Todos os dispositivos constitucionais acima mencionados tratam da hipótese da prestação de um serviço público (ou de sua infraestrutura) mediante autorização, o que contraria a regra geral do art. 175 da Constituição Federal de que os serviços públicos serão prestados mediante concessão ou

<sup>63</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. *Princípios Gerais de Direito Administrativo – Vol. I Introdução*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 560.

<sup>64</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 40. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 205.



permissão de serviço público.

No entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, a conciliação entre a previsão constitucional do art. 175 e da autorização de serviço público se apenas porque a última serve para (i) outorgar ao particular interessado a possibilidade de realizar uma atividade regulada, de modo que o termo “autorização” foi usada no sentido corrente em Direito Administrativo para exprimir o ato de “polícia administrativa”; ou (ii) para permitir a efetiva prestação de um serviço público por um particular de forma emergencial e até que o Poder Público adote os convenientes procedimentos por força dos quais se outorga permissa ou concessão.<sup>65</sup>

Ao seu turno, Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta que a autorização de serviço público constitui um ato unilateral, discricionário e precário pela qual o Poder Público delega a execução de um serviço público de sua titularidade, para que o particular o execute predominantemente em seu próprio benefício.<sup>66</sup> Na opinião da jurista, o que caracteriza a autorização é justamente a realização de um serviço público por um particular em seu benefício, tal qual é o caso do uso de radiofrequência ou a autogeração de energia elétrica.

Já José Santos Carvalho Filho é categórico ao afirmar que não há a prestação de serviço público mediante autorização. O doutrinador aponta que o serviço público sempre é objeto de concessão ou de permissão. A autorização é ato administrativo discricionário e precário pelo qual a Administração consente que o indivíduo desempenhe atividade de seu exclusivo ou predominante interesse, não se caracterizando a atividade como serviço público.<sup>67</sup>

Contudo, há entendimentos que reconhecem a autorização do serviço público como um instrumento de delegação de serviço público, e não um mero ato de exceção do poder de polícia tal qual pretendido pelos autores.

André Luiz Freire, por exemplo, reconhece que a autorização pode ser um instrumento para a delegação de serviços públicos de forma precária e unilateral. Isso porque a Constituição Federal confere expressamente natureza contratual à permissão e concessão de serviço público, enquanto o mesmo não ocorre para a autorização.<sup>68</sup>

O autor aponta dois critérios que devem ser observados para a

<sup>65</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 708.

<sup>66</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. Ed. São Paulo: Atlas Editora, 2012, p. 305.

<sup>67</sup> CARVALHO FILHO, José Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 441.

<sup>68</sup> FREIRE, André Luiz. *O regime de Direito Público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 396.



utilização da autorização do serviço público.

Primeiramente, em face da sua natureza precária e unilateral, a autorização é cabível para os serviços públicos que possam ser prestados por particulares em ambiente de concorrência e sem exclusividade. Se o número de potenciais interessados em prestar o serviço é superior ao que seria mais eficiente em termos de oferta de serviço, a autorização será o instrumento adequado, e sim a concessão ou permissão.<sup>69</sup>

Segundamente, os serviços públicos passíveis de autorização são aqueles em que a Constituição Federal expressamente permitiu a utilização da autorização e de titularidade da União. Fora dessas hipóteses, a regra geral aplicável é a do art. 175 da Constituição Federal de que os serviços públicos deverão ser delegados mediante concessão ou permissão.<sup>70</sup>

Ora, não há razão para discordar com a corrente de que a autorização de serviço público constitui em um instrumento jurídico que dependendo da interpretação jurídica poderá ser utilizado para a delegação de um serviço público (ou parcela de sua infraestrutura). Se a Constituição Federal previu essa hipótese para certas situações, não há como regelar a autorização a um mero ato administrativo de poder de polícia.

Mas nota-se que, mesmo sob essa perspectiva mais inovadora, a autorização de serviços públicos está limitada às hipóteses expressamente previstas na Constituição Federal.

A regra geral para a prestação de serviços públicos por particulares ainda é a do art. 175 da Constituição Federal. A autorização é uma exceção à regra e, portanto, sua utilização está limitada às hipóteses previstas expressamente no texto constitucional.

No caso do serviço público de loterias, o texto constitucional não estabelece *a priori* qual o instrumento cabível para a delegação aos particulares. Ora, se não há um tratamento específico, aplica-se a regra geral do art. 175 de que o serviço será prestado mediante concessão ou permissão.

Importante ressaltar que utilizar o instrumento da autorização do serviço público para serviços de loterias, além do risco jurídico, há também o risco operacional. Conforme demonstrado, a autorização de serviço público é, em regra, um ato unilateral e precário, o que pode restringir a segurança jurídica do(s) futuro(s) delegatário(s) do serviço de loteria, afugentando potenciais interessados e investidores.

Isso porque a precariedade da autorização permite a situação em que o eventual autorizatário realize investimentos para a viabilização do serviço

<sup>69</sup> Idem, p. 397.

<sup>70</sup> Ibidem, p. 397.



de loterias, mas não há garantia jurídica de que a prestação do serviço seja o suficiente para a amortização dos valores investidos, sobretudo em cenário de concorrência com loterias federais e sites internacionais de apostas.

Dessa forma, há claros obstáculos jurídicos formais à utilização da autorização de serviço público, visto que a Constituição Federal reserva essa modalidade apenas aos serviços públicos expressamente estabelecidos no texto constitucional. Nenhum desses serviços é o serviço de loterias. Adicionalmente, ainda que fosse possível superar esse obstáculo, a precariedade da autorização de serviço público pode inviabilizar a própria delegação do serviço público de loterias, visto que a prestação desse serviço pressupõe investimentos e continuidade por parte do prestador do serviço com o mote de financiamento serviços de assistência social.

### 2.1.2. Credenciamento

Via de regra, a Administração Pública deve sempre celebrar contratos por meio de licitação. Tal diretriz está implicitamente disposta no art. 37, *caput*, por meio do princípio da impessoalidade, e expressamente disposta no inciso XXI.<sup>71</sup>

A Lei nº 8.666/1993 regula o citado dispositivo constitucional, dispondo sobre as regras gerais para licitações e contratos administrativos. A licitação, na lição de Bandeira de Mello, é: “(...) o *certame* que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas”.<sup>72</sup>

O pressuposto da licitação, em suma, é a possibilidade de concorrência entre os diversos fornecedores de um determinado bem/serviço. A própria existência do instituto da licitação só existe porque a Administração Pública não pode utilizar critérios subjetivos para selecionar um fornecedor dentro de uma gama de possibilidades.

No caso de uma concessão ou permissão de serviço público, o art. 175 da Constituição Federal é categórico ao incluir a licitação como regra pela qual o serviço público será delegado a privados, *in litteris*:

<sup>71</sup> XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações;

<sup>72</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 532.



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.

A Lei Federal 8.987/1995, que regulamenta o dispositivo constitucional supramencionado, especifica qual a modalidade de licitação que deverá ser utilizada para outorgar o serviço público mediante concessão ou permissão. Nos termos de seu art. 2º, II, III e IV, a concessão será sempre precedida de licitação na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, enquanto a permissão há apenas a regra geral de licitação<sup>73</sup>.

No âmbito do Estado de São Paulo, a Lei Estadual 7.835/1992, art. 3º, dispõe que a concessão de serviço público será sempre precedida de licitação na modalidade de concorrência. Já a permissão de serviço público, nos termos do art. 4º da Lei paulista, fica reservada para as hipóteses de licitação dispensável, quais sejam: (i) nos casos de guerra, grave perturbação da ordem ou calamidade pública; e (ii) nos casos de emergência, quando caracterizada a urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

A única hipótese de inexigibilidade de licitação prevista na Lei Estadual 7.835/1992 está disposta no art. 4º, § 1º, que dispõe: “A *concorrência será inexigível quando comprovadamente inexistir **qualquer** possibilidade de competição*”.

Ora, a impossibilidade de realizar licitação em face da inviabilidade de competição já é uma hipótese reconhecida pelo ordenamento jurídico.

Quando não há competição, a licitação não é exigível. A possibilidade de não haver licitação, nesses casos, está autorizada pelo art. 37, XXI, da Constituição Federal e definido na Lei 8.666/1993 em seu art. 25.

Nos termos do art. 25, a licitação é inexigível quando houver inviabilidade de competição. As hipóteses de inexigibilidade previstas nos incisos do art. 25 são exemplificativas, visto que a Lei não conseguiria prever de antemão todas as hipóteses em que a competição é inviável.<sup>74</sup>

<sup>73</sup> Não por outro motivo a Lei federal nº 12.869, de 2013, prevê que as permissões lotéricas da CAIXA sejam precedidas de licitação.

<sup>74</sup> A jurisprudência já consolidou entendimento pelo caráter exemplificativo do rol de hipótese previsto nos incisos do art. 25 da Lei de Licitações. Transcrevemos precedentes do Tribunal de Contas da União: 16. De acordo com a legislação citada acima, aplica-se, para a situação em análise, a Lei 8.666/1993, que na cabeça do seu art. 25, traz a ‘inviabilidade de competição’ como única condição para que se considere inexigível a licitação, considerando que os incisos desse artigo contêm rol meramente exemplificativo. Dessa forma, tendo em vista a condição de

Logo, diante de uma situação do mundo fenomênico em que se verifique a inviabilidade de competição, afasta-se a exigência da licitação. Comumente, a ausência de competição se dá em razão da existência de apenas um fornecedor de um determinado bem ou serviço.

Entretanto, existe a hipótese de inviabilidade de competição em razão da possibilidade da contratação de todos os fornecedores existentes. Tal hipótese de inexigibilidade de licitação é denominada de credenciamento.

O credenciamento, na lição de Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha, é o sistema pela qual a Administração Pública convoca ou contrata todos os potenciais ofertantes para certo objeto, visto que há a intenção de propiciar a contratação de uma universalidade indeterminada de interessados. Não há, portanto, relação de exclusão entre os ofertantes.<sup>75</sup>

O credenciamento se apresenta uma opção interessante e prática nas hipóteses em que é vantajoso selecionar mais de um fornecedor para a prestação de determinado bem ou serviço. Assim, o instituto propicia a coexistência entre todos os fornecedores e assegura uma competitividade no processo de seleção. Nesse sentido, o credenciamento demanda necessariamente a inexistência da relação de exclusão entre os potenciais fornecedores.

Inicialmente, o credenciamento era uma hipótese de inexigibilidade de licitação que foi construída pela jurisprudência<sup>76</sup> e pela doutrina. Conforme aponta Joel de Menezes Niebuhr<sup>77</sup>, que o credenciamento não está previsto em lei, mas decorre justamente da inviabilidade de competição, em razão de uma dada realidade fática.

Isso mudou com a Lei 14.133/2021, a nova Lei Geral de Licitações

---

exclusividade da (...), gerada pela norma local, entendo que está caracterizada a impossibilidade de disputa pela contratação. (Acórdão 648/2014, Plenário, rel. Min. José Múcio Monteiro); As hipóteses de inexigibilidade relacionadas na Lei 8.666/1993 não são exaustivas, sendo possível a contratação com base no caput do art. 25 sempre que houver comprovada inviabilidade de competição. (Acórdão 2.418/2006, Plenário, rel. Min. Marcos Bemquerer Costa).

<sup>75</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando César Vernalha. *Licitação Pública: A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação - RDC*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 511.

<sup>76</sup> Vide os precedentes do TCU: O credenciamento é hipótese de inviabilidade de competição não expressamente mencionada no art. 25 da Lei n. 8.666/1993 (cujos incisos são meramente exemplificativos). Adota-se o credenciamento quando a Administração tem por objetivo dispor da maior rede possível de prestadores de serviços. Nessa situação, a inviabilidade de competição não decorre da ausência de possibilidade de competição, mas sim da ausência de interesse da Administração em restringir o número de contratados. (Acórdão 3.567/2014, Plenário, Min. Rel. José Mussi Monteiro).

(...) embora não esteja previsto nos incisos do art. 25 da Lei n. 8.666/1993, o credenciamento tem sido admitido pela doutrina e pela jurisprudência como hipótese de inexigibilidade inserida no caput do referido dispositivo legal. (Acórdão 351/2010, Plenário, Min. Rel. Marcos Bemquerer Costa).

<sup>77</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 100.





e Contratos, que recepcionou o credenciamento como uma hipótese de inexigibilidade de licitação, vide a redação do art. 74, IV. Abaixo, transcrevemos o dispositivo legal indicado:

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

(...)

IV - objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento;

Portanto, a inviabilidade de competição resulta na inexigibilidade da licitação. Na hipótese de inexigibilidade, quando não há relação de exclusão, haverá o credenciamento, que é o meio idôneo para promover a contratação ou disponibilização de serviços que podem ser prestados por uma universalidade de particulares sem que haja uma relação de exclusão.

Ao tratarmos do caso do serviço público de Loteria no Estado de São Paulo, algumas limitações devem ser consideradas ao cotejarmos eventual uso do credenciamento.

De início, nos termos do disposto em Constituição Federal e Legislação Federal e Estadual, a regra é a outorga mediante licitação, na modalidade de concorrência. A inexigibilidade, que sequer é mencionada na Lei Federal e Constituição, fica relegada para as hipóteses em que não há qualquer possibilidade de competição.

Sob a luz da legislação paulista relativa à concessões de serviço público, a inexigibilidade prevista na Lei 7.835/1992 é limitada para os caso que comprovadamente inexistem qualquer possibilidade de competição.

Mesmo a dispensa de licitação para a concessão e permissão de serviços públicos só é permitida em situações extremas. A Lei Paulista, em seu art. 4º, I e II, dispõe que a concorrência só será dispensável nas hipóteses de (i) guerra, grave perturbação da ordem ou calamidade pública e (ii) nos casos de emergência, quando caracterizada a urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

Ou seja, o racional disposto na legislação estadual é que a delegação de serviço público sempre será precedida de licitação. Entendimento pela inexigibilidade de licitação, apesar de previsto na legislação estadual, poderá ser questionado em face do disposto no *caput* do art. 175 da Constituição Federal.



A leitura do *caput* do art. 15 da Lei nº 17.386, de 2021, pode também reforçar a leitura anterior, na medida em que remete ao art. 175 da Constituição Federal, o qual, como observado anteriormente, exige licitação prévia para delegação de serviços públicos.

Com efeito, entende-se altamente controversia a discussão jurídica de possibilidade de se contratar serviços públicos sem o competente processo licitatório, ainda que se argumente pela delegação dos serviços para todos os interessados que almejem prestar os respectivos serviços públicos.

E não se venha argumentar que o processo de credenciamento é procedimento auxiliar de licitação e que por isso atenderia ao solicitado no dispositivo constitucional. Deve-se lembrar que credenciamento é procedimento cuja gênese é a inexigibilidade de competição, isto é, situação diametralmente oposta ao processo competitivo advindo da licitação.

Convém pontuar, ainda, que o credenciamento às vezes é implantado mediante simples cadastro dos prestadores, como, por exemplo, o caso dos laboratórios de exames toxicológicos<sup>78</sup> para fins a emissão de carteiras profissionais de motoristas. Nestes casos sequer existiria instrumento de delegação da competência material de execução dos serviços públicos, o que é estritamente vedado pela legislação nacional.

As situações nas quais é formalizado contrato entre o Poder Público e as entidades credenciadas tampouco parecem habilitar juridicidade à modalidade de credenciamento para lastrear concessões de serviços públicos. As concessões de serviços públicos devem ser precedidas de licitação, e não de credenciamento. Os exemplos de credenciamento com subsequente contratação foram questionados Brasil a fora<sup>79</sup>, demonstrando o risco jurídico aliado para esta opção – e isso porque sequer estava-se tratando de concessões de serviço público.

Para o setor lotérico e de jogos, basta lembrar das dificuldades advindas do credenciamento dos bingos<sup>80</sup>. Sob este arranjo, que permitiu a abertura de diversos bingos pelo país, perdeu-se completamente o controle da atividade. À época, a abertura do mercado para diferentes e variados operadores

<sup>78</sup> Ver, como exemplo, as informações de credenciamento destes laboratórios pelo DENATRAN, no seguinte link: < <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/transito/conteudo-denatran/exame-toxicologico> >. Acessado em 29.09.2021.

<sup>79</sup> Ver, p.ex., a situação do processo realizado pelo departamento de trânsito no Paraná, cf. noticiado no seguinte link: < <https://brazillivros.com/disputa-por-gravame-teve-irregularidades-admite-detran/> >. Acessado em 29.09.2021.

<sup>80</sup> Ver o artigo recentemente publicado sobre o tema: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/as-loterias-estaduais-vem-ai-mas-e-preciso-responsabilidade/#:~:text=O%20Supremo%20Tribunal%20Federal%20finalmente,n%C3%A3o%20exclusiva%20do%20governo%20federal.&text=O%20mercado%20de%20loterias%20%C3%A9%20altamente%20ativo>. Acessado em 29.09.2021.



espalhados por todo o país fez com que as autoridades não conseguissem mais fiscalizar a atuação dos jogos, permitindo o uso do jogo para lavagem de dinheiro e a ampliação de práticas irresponsáveis de jogo, com sérias perdas psicossociais no campo da saúde pública. O bingo virou caso de polícia e posteriormente precisou ser interditado à iniciativa privada.

É dizer, o credenciamento de interessados traz o inconveniente de aumentar sobremaneira os custos com fiscalização dos serviços, deixando propositadamente maior liberdade para os agentes credenciados, o que, por seu turno, poderá permitir práticas nocivas à sociedade.

No setor lotérico é essencial que haja controle próximo dos serviços, como forma de assegurar práticas de jogo responsável que tragam impactos positivos para fins de saúde pública, bem como para verificação do uso das receitas auferidas pelos agentes de mercado, afastando o risco de lavagem de dinheiro e fomentando o bom uso dos valores, com repasse de parcela desta receita para serviços sociais e políticas públicas. Como resultado, pensa-se completamente impraticável seguir com a modalidade de credenciamento que aumenta o risco de externalidades negativas dos serviços. E isso, novamente, sem considerar os riscos de questionamento em face do caput do art. 175 da Constituição Federal.

Portanto, por mais que se possa ventilar a possibilidade de outorgar a concessão de serviço público mediante credenciamento, há grandes riscos de questionamento deste modelo justamente porque ele vai na contramão de clara exigência constitucional, havendo fortes argumentos técnicos e práticos da regulação dos serviços que indicam a completa ausência de conveniência para se perseguir tal suposta alternativa.

### 2.1.3. Permissão

Nos termos do art. 175 da Constituição Federal, os serviços públicos poderão ser prestados mediante *permissão de serviço público*. O citado dispositivo constitucional dispõe sobre a concessão e a permissão de serviços públicos de forma distinta, mas sem especificar a diferença entre os dois institutos.

Marçal Justen Filho aponta que a permissão de serviço público poderá ter natureza jurídica de ato administrativo unilateral ou de contrato administrativo. Tudo depende da disciplina normativa adotada para determinado serviço público.<sup>81</sup>

---

<sup>81</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 785-786.

A Lei 8.987/1995, em seu art. 40<sup>82</sup>, dispõe que as permissões de serviço público são formalizadas por meio de um contrato de adesão caracterizado pela precariedade.

Já a Lei Paulista 7.835/1992 define a permissão de serviço público como um ato administrativo. Nos termos de seu art. 2º, IV, permissão de serviço público é definida como *“delegação unilateral, discricionária e precária, à empresa individual ou coletiva ou a consórcio de empresas, da prestação de serviço de utilidade pública, por sua conta e risco, remunerada por tarifa cobrada dos usuários, feita em situações excepcionais, caracterizadas pela urgência”*.

Inclusive, cabe ressaltar que a permissão como um ato administrativo precário já era tema desenvolvido pela doutrina clássica de direito administrativo. Nesse sentido, apresentamos, abaixo, célebre definição do jurista Hely Lopes Meirelles:

*“Permissão é, ato administrativo negocial, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público faculta ao particular a execução de serviços de interesse coletivo, ou o uso especial de bens públicos, a título gratuito ou remunerado, nas condições estabelecidas pela Administração. Não se confunde com a concessão, nem com a autorização: a concessão é contrato administrativo bilateral; a autorização é ato administrativo unilateral. Pela concessão contrata-se um serviço de utilidade pública; pela autorização consente-se numa atividade ou situação de interesse exclusivo ou predominante do particular; pela permissão faculta-se a realização de uma atividade de interesse concorrente do permitente, do permissionário e do público”*.<sup>83</sup>

Para o jurista, a diferença entre a permissão e a concessão de serviço público reside, em linhas gerais, na precariedade relacionada à permissão, que não está presente na concessão. Na permissão, conforme definição apresentada acima, o ato administrativo é precário: não existe prazo garantido para usufruto dos direitos advindos do ato<sup>84</sup>, o qual pode ser revogado a qualquer tempo pela Administração Pública sem o pagamento de indenizações.

Já André Luiz Freire aponta que a permissão de serviço público possui natureza contratual, visto que foi assim definido pelo art. 175, parágrafo único, I, da Constituição Federal. Mas ainda assim, diante da natureza contratual,

<sup>82</sup> Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente. Parágrafo único. Aplica-se às permissões o disposto nesta Lei.

<sup>83</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, páginas 293 e 214.

<sup>84</sup> Alguns autores, como Hely Lopes Meirelles e Cretella Júnior entendem pela existência de permissão com prazo determinado, contudo, a corrente não é dominante.



é possível diferenciar a permissão da concessão.<sup>85</sup>

De início, quanto à revogabilidade unilateral, a permissão de serviço público pode ocorrer sem a autorização legislativa e indenização prévia, tal qual se exige no caso de encampação aplicável às concessões. Adicionalmente, nos termos da Lei 8.987/1995, aponta que os concessionários só poderão ser pessoas jurídicas. Por outro lado, a permissão permitiria que pessoas naturais sejam delegatários.<sup>86</sup>

A situação jurídica criada pela permissão, na qual se permite a delegação – em forma de contrato de adesão ou ato – seja revogada a qualquer tempo pela Administração sem indenização, gera falta de estabilidade ao parceiro privado, que não consegue estimar a amortização do seu investimento em decorrência da falta de prazo da delegação e não possui a segurança de que receberá indenização no caso de revogação da permissão.

Em decorrência disso, a permissão geralmente é utilizada para delegação de serviços que envolvam baixo investimento, assim, haveria a mitigação dos riscos elencados acima. É o que dispõe Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>87</sup>:

*“Pelo seu caráter precário, caberia utilizá-la normalmente, quando o permissionário não necessitasse alocar grandes capitais para o desempenho do serviço ou quando poderia mobilizar, para diversa destinação e sem maiores transtornos, o equipamento utilizado ou, ainda, quando o serviço não envolvesse implantação física de aparelhamento que adere ao solo, ou, finalmente, quando os riscos da precariedade a serem assumidos pelo permissionário fossem compensáveis seja pela extrema rentabilidade do serviço, seja pelo curtíssimo prazo em que se realizaria a satisfação econômica almejada”.*

A título de exemplificação, um serviço público atualmente delegado por meio de permissão é o serviço de táxis. Por se tratar de um serviço em que a exposição do privado é relativamente pequena, é possível que o título seja precário e, portanto, que a Administração Pública possa revogar a permissão em caso de necessidade, sem que o permissionário sofra grandes prejuízos.

Na hipótese da legislação paulista, a permissão possui o caráter precário ora demonstrado e, adicionalmente, possui um segundo requisito que demonstra ainda mais a sua precariedade. A Lei 7.835/1992, art. 2º, IV, inclui na definição de permissão de serviço público que o instituto seja utilizado em

<sup>85</sup> FREIRE, André Luiz. *O regime de Direito Público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 377.

<sup>86</sup> *Idem*, p. 377.

<sup>87</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias Administração Pública*, 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 167



**situações excepcionais, caracterizadas pela urgência.** O art. 34 da Lei Paulista ainda condiciona a validade da permissão à existência da situação excepcional que a tenha justificado, *in litteris*:

Artigo 34 - A permissão de serviço público somente poderá subsistir enquanto perdurar a situação de urgência que a tenha justificado.

Portanto, em face da legislação aplicável, a permissão de serviço público no Estado de São Paulo se caracteriza como: (i) um instrumento precário; (ii) temporário; e (iii) utilizado apenas em situação de emergência ou calamidade pública.

Entretanto, esse não é o caso dos privados que virão a prestar o serviço de loterias.

Primeiramente, não é possível caracterizar o serviço público de loteria como algo necessário em uma situação de urgência. O Estado de São Paulo está planejando os serviços, inexistindo premente necessidade de se prestar os serviços, como poderia ocorrer, p.ex. com o serviço de transporte aquaviário de transporte de passageiros por meio de balsas numa situação de tempestade.

Segundamente, a realização da atividade envolve a instalação de aparelhamento que operacionalize o funcionamento da loteria, com importante sistema de tecnologia e investimento nos pontos de venda. Tendo em vista o vulto e complexidade dos investimentos necessários, mostra-se necessário que o privado goze de segurança envolvendo a definição de prazo para prestação do serviço e, ainda, de que será indenizado caso a Administração Pública decida revogar o seu título.

Ademais, frisa-se que a própria regulamentação federal sobre o tema, apesar de não definir claramente a modalidade de delegação do serviço de loterias, constantemente faz referência à concessão e aos concessionários, indo ao encontro do entendimento de que o serviço deva ser prestado por meio de concessão.

A permissão somente é adotada nos serviços lotéricos da CAIXA para delegar a distribuição de bilhetes ou contratos de franquia. É dizer, a permissão na legislação federal de loteria é utilizada para uma pequena parcela dos serviços lotéricos, *downstream*, com menor investimento e complexidade. E mesmo nestes casos é feita de forma precária, como informado anteriormente neste Estudo.



Portanto, entende-se que o regime adequado para a prestação do serviço de loterias seria o regime de concessão de serviço público, que será abordado em detalhes na sequência deste estudo, após breve avaliação da viabilidade técnica e econômica da exploração dos serviços lotéricos pelos instrumentos precários abordados acima.

#### 2.1.4. Avaliação da viabilidade técnica e econômica para a exploração de serviços lotéricos por instrumento precário

A avaliação econômica quanto à exploração dos serviços lotéricos por instrumentos precários deve levar em consideração uma abordagem relacionada a falhas de mercado, um conceito microeconômico que trata da ineficiência na locação de recursos pelo mercado. Dentre os principais motivadores destas falhas estão quatro elementos, sendo eles i) poder de mercado, ii) assimetria de informação, iii) externalidades e iv) existência de bens públicos. Cada uma destas características pode, por si, causar distorções na estrutura de mercado. Ocorre, no entanto, que é comum uma combinação de vários destes fatores quanto tratamos de mercados ineficientes, apesar de a presença de apenas um deles ser suficiente, a depender do caso. Descreveremos brevemente sobre os motivadores elencados, com exceção daquele relacionado aos bens públicos, dado sua irrelevância ao objeto deste estudo.

**Poder de mercado** diz respeito a possibilidade de um fornecedor determinar preços e/ou quantidades produzidas num mercado, como é o caso de um monopólio. Tais situações comumente ocorrem em casos de existência de grandes economias de escala, onde o custo do marginal de uma firma é sempre decrescente ou, pelo menos, inferior ao seu custo médio, fazendo com que seja mais eficiente que apenas uma companhia abasteça todo o mercado. A esse caso específico damos o nome de monopólios naturais. O problema desta situação é que se cria a oportunidade para que a firma monopolista, após tornar-se líder de mercado por suas vantagens de custo, possa exercer influência sobre o preço da produção ofertada, aumentando-o para expandir seus lucros. Como resultado, atraem-se novos entrantes para o setor, buscando a apropriação dos lucros excessivos, ou mantem-se o preço demasiado elevado, em caso da existência de barreiras à entrada. Em ambas as situações, o mercado encontra-se fora do seu ponto de maior eficiência, seja pelo preço elevado dos produtos, seja pela existência de competição ser, por si só, ineficiente, dada a minimização de custos quanto apenas uma firma abastece o mercado.<sup>88</sup> Outras situações menos emblemáticas relacionadas ao poder de mercado podem existir, mas nos atentaremos apenas aos fatos relevantes a este trabalho.

<sup>88</sup> VISCUSI, W. K.; HARRINGTON, J. E.; VERNON, J. M. Economics of Regulation and Antitrust. 4ª. ed. Cambridge: The MIT Press, 2005.

**Assimetria de informação** diz respeito a situação em que faltam informações exatas a todos os agentes de mercado, sejam eles consumidores ou fornecedores. Pela falta de informação, impossibilita-se que o sistema de preços atue de forma eficiente, dado que pode haver estímulos para a produção de quantidades excessivas de determinados produtos que apenas são demandados pela falta de informação qualificada quanto a eles. Em situação análoga, pode ocorrer o contrário, onde o mercado deixa de ofertar determinado produto que é demandado simplesmente pela falta de informação qualificada quanto à demanda.<sup>89</sup>

Já as **externalidades** dizem respeito a, mais uma vez, ineficiência na atuação do sistema de preços, de modo que uma atividade pode ter efeito sobre outras, mas sem que isso afete os preços das mercadorias produzidas pela primeira. Tal situação é comum quando tratamos de valores subjetivos, como é o caso da poluição, de modo que uma produção poluente não inclui, no preço da mercadoria, o custo da poluição, fazendo com que o mecanismo de preços não reflita a real demanda que poderia ser diminuta em caso da devida contabilização de custos.

Sob o ponto de vista da literatura microeconômica, o mercado de loterias tem características técnicas e econômicas fortemente marcadas por importantes falhas de mercado, que têm implicação tanto sobre a organização do mercado quanto sobre a escolha da sua regulação. Em particular, as falhas de mercado são:

- a. Presença de economias de escala e de escopo, caracterizando algum grau de monopólio natural. A associação aqui é de que somente players com escala relevante conseguem atingir o nível de *payout* que atrai apostadores para sua base. No caso paulista, em que há um incumbente natural no mercado (Caixa, um *legacy operator*, + operadores de sites internacionais de apostas), o entrante do mercado necessita, como condição competitiva, de escala para atuar em ambiente de rivalidade com o incumbente. Em contrapartida, em um modelo de prestação precária (sobretudo aquele que considera múltiplos operadores), para que se produza a necessária escala para a criação de rivalidade ao incumbente a condição será um movimento de consolidação do mercado através de atos de concentração liderados por um player forte, fora do controle do Estado. Em *The Economics of Scale and Scope in the Lottery Industry* (2008)<sup>90</sup>, Matti Viren demonstra, por meio de dados empíricos dos Estados Unidos e de países da Europa, fortes

<sup>89</sup> PINDYCK, R. S.; RUBINFELD, D. L. Microeconomia. 5ª. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

<sup>90</sup> VIREN, Matti. *The Economics of Scale and Scope in the Lottery Industry*. In: FARREL, Lisa; FORREST, David; GRIFFITHS, Mark; PALDAM, Martin; SMITH, Sarah; VIREN, Matti (org.); WALKER, Ian. **Gaming in the New Market Environment**. [S.l.]: Palgrave MacMillan, 2008. p. 160-183.



indicadores da presença de economias de escala e escopo no segmento lotérico, de modo que os custos marginais aparecem como decrescentes, uma característica determinante de monopólios naturais. Ainda, o autor demonstra indícios da existência de economias de escopo, situação em que a produção de diferentes produtos por uma única firma é mais eficiente, do ponto de vista dos custos, do que produzir estas mesmas mercadorias em diferentes firmas, uma outra característica determinante de monopólios naturais.

- b. Presença de fortes externalidades negativas, notadamente quanto à possibilidade de jogo ilícito, jogo irresponsável, comportamentos colusivos entre agentes na combinação de apostas, entre outros. Um modelo de concessão permite mitigar essas externalidades na medida em que permite ao Estado o exercício da regulação contratual mais próxima da prestação dos serviços. Em contrapartida, a liberdade de entrada com instrumentos precários não oferece *per se* a possibilidade da devida mitigação dessa falha de mercado, gerando possíveis perdas de bem-estar não somente sobre os apostadores, mas principalmente sobre a população em geral, já que as externalidades não se limitam ao grupo de clientes (tomadores da decisão de consumo) mas afetam círculos familiares, a segurança pública e até mesmo o sistema de saúde pública. Fica claro, portanto, que muitos dos custos criados pelas apostas não são refletidos nos preços praticados, fazendo com que a demanda não se ajuste adequadamente.
- c. Presença de fortes assimetrias informacionais entre os apostadores e os fornecedores de apostas, implicando em um forte papel para a reputação do operador do jogo. Nesse contexto, a concessão do mercado a um operador regulado tende a mitigar a falha de mercado da assimetria informacional, pois permite um maior controle do Estado sobre o operador selecionado. Em contrapartida, a delegação precária pelo Estado a múltiplos players não oferece a segurança reputacional necessária para os apostadores, o que tende a gerar subdesenvolvimento do mercado e até mesmo competição predatória, ensejando a geração das externalidades negativas que um bom modelo regulatório pretende evitar.

Em suma, a presença de importantes falhas de mercado traz à baila a importância da regulação do mercado de loterias, o que pode ser feito através de um instrumento contratual em ambiente de concessão comum de longo prazo. Esse modelo oferece ao Estado os instrumentos necessários para a mitigação de importantes falhas de mercado, trazendo ganhos relevantes de bem-



estar. Por outro lado, a utilização de um modelo precário padece justamente da incidência provável das falhas de mercado acima apontadas, gerando significativas perdas de bem-estar.

#### 2.1.5. Concessão de serviço público

Diante do quadro normativo federal e estadual, demonstra-se que a utilização de delegação dos serviços públicos de loterias por meio de autorização, credenciamento e/ou permissão encontra diversos obstáculos jurídicos e técnicos, aumentando sensivelmente os riscos regulatórios incidentes.

Por outro lado, tais obstáculos não se aplicam na hipótese de delegação por meio de concessão de serviço público.

Nos termos da Constituição Federal, art. 175, *caput*, os serviços públicos poderão ser prestados por meio de permissão, tema já estudado, e por meio de concessão de serviço público.

O citado dispositivo constitucional é regulamentado pela Lei Federal 8.987/1995. Nos termos do art. 2º, II, da Lei, concessão de serviço público é *“a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”*.

Em nível estadual, a concessão de serviço público é regulamentada pela Lei Estadual 7.835/1992. Nos termos da lei paulista, art. 2º, III, a concessão é *“a delegação contratual, à empresa individual ou coletiva ou a consórcio de empresas, da prestação de serviço público, por sua conta e risco e por prazo certo, remunerada basicamente pela cobrança de tarifas dos usuários”*.

Conforme leciona o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, a concessão de serviço público é o instituto pelo qual o Estado atribui o exercício de um serviço a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas, mas sob a garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço.<sup>91</sup>

Marçal Justen Filho vai além ao conceituar concessão de serviço público. O administrativista paraense diferencia a concessão prevista na Lei 8.987/1995 da concessão patrocinada e concessão administrativa, regida pela Lei 11.079/2004. Para a primeira, o jurista a nomeia como “concessão comum” sob o seguinte conceito:

<sup>91</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, pp. 719-720.

A concessão comum de serviço público é um contrato plurilateral de natureza organizacional e associativa, por meio do qual a prestação de um serviço público é temporariamente delegada pelo Estado a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob controle estatal e da sociedade civil, mediante remuneração extraída do empreendimento.<sup>92</sup>

Nota-se que, seguindo o direito positivo e o tratamento doutrinário, a concessão de serviço público é o instrumento pelo qual há a delegação de um serviço público, mediante contrato, por prazo certo, e com respeito ao equilíbrio econômico-financeiro.

Difere-se sensivelmente da permissão de serviço público na medida em que não é um instrumento precário. A concessão é um ato administrativo bilateral, formalizado por meio de contrato administrativo, conferindo direitos e deveres ao concessionário.

Ressalta-se que o contrato de concessão é uma espécie de contrato administrativo. É o que prescreve a Lei Federal 8.987, art. 4º<sup>93</sup>, e Lei Estadual 7.835/1992, art. 1º<sup>94</sup>. Nesse contexto, é oportuno trazer a lição de Marçal Justen Filho que esclarece que o contrato administrativo é obrigatório para ambas as partes, de modo que o Estado não pode simplesmente ignorar as cláusulas ou descumpri-las como se não existissem.<sup>95</sup>

Importante destacar que o Poder Concedente transfere ao concessionário a execução e não a titularidade do serviço para o particular, mantendo o Estado total disponibilidade sobre o serviço concedido.

Para tanto, o Poder Concedente dispõe de uma série de prerrogativas sobre o serviço prestado pelo concessionário, dentre os quais citamos alguns dos arrolados no art. 29 da Lei nº 8.987/95:

<sup>92</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 909.

<sup>93</sup> Art. 4º A concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante contrato, que deverá observar os termos desta Lei, das normas pertinentes e do edital de licitação.

<sup>94</sup> Artigo 1.º - A concessão de obras públicas e a concessão e a permissão de serviços públicos reger-se-ão por esta lei e pelo disposto nos regulamentos, editais de licitação e respectivos contratos ou atos de permissão

<sup>95</sup> “Desmente-se, antes de tudo, o raciocínio de que o contrato administrativo não apresentaria força obrigatória relativamente ao Estado. Ao contrário, todas as cláusulas contratuais são obrigatórias para ambas as partes. Tanto é verdade que o Estado não pode simplesmente ignorar as cláusulas ou descumpri-las como se não existissem. Há uma espécie de organicidade interna ou sistematicidade nos contratos administrativos. Isso significa que a alteração de certa(s) cláusula(s) acarreta a modificação necessária de outra(s). Não se modifica unilateralmente o núcleo econômico do contrato administrativo” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 170).



- a. poder de regulamentação das atividades concedidas;
- b. poder de fiscalização, que o autoriza a acompanhar diretamente as atividades desenvolvidas pelo concessionário;
- c. poder de alteração unilateral das cláusulas regulamentares, isto é, concernentes às condições do funcionamento, organização do serviço e desfrute pelos usuários.
- d. poder de intervir na administração do concessionário;
- e. poder de impor sanções ao concessionário inadimplente;
- f. poder de extinguir a concessão antes de findo o prazo inicialmente estatuído, sempre que o interesse público o aconselhar.

A concessão também confere segurança jurídica ao Poder Concedente, conferindo a possibilidade de extinção por ato unilateral nas seguintes hipóteses elencadas na Lei 8.987/1995, art. 35, a seguir:

- a. Encampação, que é o encerramento da concessão, por ato do Poder Concedente, durante o transcurso do prazo inicialmente fixado, por motivo de conveniência e oportunidade administrativa, sem que o concessionário haja dado causa ao ato extintivo. Isso sucede quando o Poder Público resolve, por alguma razão de ordem administrativa ou política, assumir diretamente o serviço concedido ou substituí-lo por outro tipo de serviço, mais capaz de satisfazer as necessidades públicas. A indenização é devida porque a antecipação do encerramento da concessão, ao prazo previsto, repercute diretamente sobre a equação econômico-financeira. O concessionário deve receber o capital não amortizado e os lucros cessantes. O art. 37 da Lei nº 8.987/95 estabeleceu necessidade de lei autorizativa e pagamento prévio de indenização e, ao cogitar da indenização em tal caso (art. 36, por remissão do art. 37) só se refere à indenização das parcelas não amortizadas ou depreciadas atinentes aos bens reversíveis; porém, obviamente, haveria agravo à equação econômico-financeira do contrato se não houvesse indenização pelos lucros cessantes.
- b. Caducidade, que é a modalidade de encerramento da concessão, por ato do Poder Concedente (decreto) antes da conclusão do prazo inicialmente fixado, em razão de inadimplência do concessionário. A inexecução total ou parcial do contrato dará margem à aplicação de sanções ou declaração de caducidade. Nesse caso, o Poder Público pagará apenas a parcela não amortizada do capital representada pelos equipamentos necessários à





prestação do serviço e que reverterão ao Poder Concedente. A apuração do valor devido será feita no decurso do processo e a indenização não precisa ser prévia e dela descontar-se-ão as multas contratuais e os danos causados pelo concessionário (art. 38, §§ 4º e 5º).

- c. Anulação da concessão. Terá lugar quando houver sido outorgada com vício jurídico. Se não tiver havido má-fé do concessionário, cabe-lhe indenização pelas despesas efetuadas e, no caso de já se encontrar o serviço em funcionamento, revertidos os bens, terá de ser indenizado pelas parcelas não amortizadas.

Importante destacar que, não obstante todas as prerrogativas atribuídas ao Poder Concedente, a definição de equação econômico-financeira das concessões, que espelha a relação entre receitas e custos, tomada no momento da celebração do contrato, deve ser sempre mantida, com a finalidade de assegurar a viabilidade do empreendimento. Por essa razão, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que a equação econômico-financeira do contrato administrativo é *intangível*.<sup>96</sup>

Assim, a concessionária faz jus a um reequilíbrio do ajuste diante de: a) alterações unilaterais do contrato promovidas pela Administração Pública; b) fatos imprevistos; c) atos governamentais alheios ao próprio contrato (fato do príncipe), conforme restará detalhado a seguir, na matriz de riscos.

Por fim, a Concessão permite que o Poder Concedente receba uma outorga, pela concessão dos serviços concedidos, o que assegura uma vantagem econômica ao Poder Público, sem mencionar a possibilidade de utilizar o pagamento de outorga variável para acompanhar a execução do contrato mediante a aplicação de indicadores de desempenho (conforme será proposto abaixo).

Portanto, a modalidade concessão comum mostra-se a mais adequada e aderente aos objetivos ora propostos.

Mas cabe ponderar que o art. 175 da Constituição Federal não impõe o regime de exclusividade na delegação das concessões de serviço público. Já a Lei Federal 8.987/1995, art. 16, dispõe que a outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica devidamente justificada.

Ou seja, há um comando legal no que diz respeito à competitividade. Não há uma obrigatoriedade de a concessão ser outorgada em regime de competitividade, mas há o dever de o Poder Concedente ponderar e avaliar se o regime com competição é viável. Existindo razões técnicas ou

<sup>96</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 660.



econômicas (como, p.ex. existência de falhas de mercado), é possível valer-se de um regime de exclusividade na concessão de serviço público.

Conforme demonstrado, a Lei 8.987/1995, art. 16, permite que a concessão de um serviço público seja outorgada com competição e sem caráter de exclusividade.

Conforme leciona Vitor Rhein Schirato, a prestação concorrencial de um serviço público pode se dar (i) sem assimetria de regimes jurídicos e (ii) com assimetria de regimes jurídicos. O administrativista aponta que, na primeira hipótese, todos os agentes do setor estão sujeitos a um mesmo regime jurídico, com a outorga de diversas concessões ou permissões a agentes distintos. Já na segunda hipótese, os agentes do setor poderão estar sujeitos a regimes jurídicos diferentes, como por exemplo, uma atividade que é serviço público, submissa ao regime jurídico de direito público, e pode também ser considerada atividade econômica, submissa ao direito privado.<sup>97</sup>

Na hipótese do serviço público de loterias há uma limitação na utilização de diferentes regimes jurídicos para a prestação do serviço. Isso porque, o STF detém reiterado entendimento (e a legislação ratifica) de que o serviço de loterias é um “serviço público”. Dessa forma, não há margem jurídica para que o serviço seja prestado sob o regime de direito privado e sem uma delegação outorgada pelo Estado.

Inclusive, o exercício do serviço privado de loteria, além de não ser permitido, é uma prática ilícita. A Lei de Contravenções Penais, art. 51<sup>98</sup>, tipifica como ato ilícito a conduta de promover ou fazer extrair loteria que não tenham autorização legal.

Mesmo sob o regime de direito público, é possível pensar em uma hipótese de delegação de serviço público em um ambiente competitivo. Isto é, a prestação do serviço público de loteria pode ocorrer, ainda que por diversos concessionários. Novamente trazemos lição de Vitor Rhein Schirato, que esclarece que, segundo a lógica da Lei 8.987/1995, art. 16, é possível um cenário de concorrência, com a participação de diversos concessionários prestadores do

<sup>97</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 290.

<sup>98</sup> Art. 51. Promover ou fazer extrair loteria, sem autorização legal:

Pena – prisão simples, de seis meses a dois anos, e multa, de cinco a dez contos de réis, estendendo-se os efeitos da condenação à perda dos moveis existentes no local.

§ 1º Incorre na mesma pena quem guarda, vende ou expõe à venda, tem sob sua guarda para o fim de venda, introduz ou tenta introduzir na circulação bilhete de loteria não autorizada.

§ 2º Considera-se loteria toda operação que, mediante a distribuição de bilhete, listas, cupões, vales, sinais, símbolos ou meios análogos, faz depender de sorteio a obtenção de prêmio em dinheiro ou bens de outra natureza.

§ 3º Não se compreendem na definição do parágrafo anterior os sorteios autorizados na legislação especial.

mesmo serviço público concedido.<sup>99</sup>

Sob a perspectiva da competição, é possível subdividirmos o tópico em: (i) competição no mercado, com múltiplos operadores do mesmo serviço; (ii) competição pelo mercado, com ou sem exclusividade.

Nos próximos itens, trataremos dessas hipóteses.

#### 2.1.5.1. Competição no mercado

A competição no mercado diz respeito à concorrência realizada dentro de um mercado consolidado, entre diversos *players*, com produtos livremente ofertados e livremente demandados. O economista Paul Geroski explica que a competição no mercado se caracteriza pela concorrência entre empresas que operam sob um mesmo padrão (*standard*).<sup>100</sup>

Na competição no mercado, não há grandes entraves para a entrada de novos *players*. Isso garante que a competitividade fique focada diretamente na venda e comercialização de um produto.

Se por um lado, a concorrência no mercado é a mais adequada para atividades econômicas em sentido estrito, por outro, não é a mais adequada para a prestação de serviços públicos.

A prestação de um serviço público pode apresentar relevantes falhas de mercado, como, por exemplo, a presença de um monopólio natural, como é o caso de uma rodovia ou ferrovia. Ora, não é possível que mais existam mais de um concessionário para uma mesma rodovia e, considerando que a rodovia é o serviço a ser prestado, não há como novos interessados ingressem sem que o concessionário original seja substituído.

Na hipótese da prestação do serviço público de loterias, não há necessariamente um entrave natural à competitividade, muito embora, como observado existam relevantes falhas de mercado (*i.e.* relevantes ganhos de escopo e escala, assimetria de informação e potencial de externalidades negativas).

Com efeitos, apesar de não ser um setor com claro óbice a operação competitiva (como seria aquele do exemplo da rodovia), entende-se haver razões técnicas e econômicas que criam limites e barreiras à competitividade efetiva no mercado.

<sup>99</sup> *Idem*, p. 298.

<sup>100</sup> Geroski, P. Competition in Markets and Competition for Markets. *Journal of Industry, Competition and Trade* 3, 151–166 (2003). <https://doi.org/10.1023/A:1027457020332>



Alexandre Santos do Aragão, em artigo sobre a concorrência na prestação de um serviço público, acrescenta detalhes para alguns fatores que mitigam a competição nos serviços públicos, tais quais:<sup>101</sup>

- a. Assimetria informacional: os prestadores privados do serviço público tendem a ter mais informações que os órgãos reguladores, dificultando a fiscalização, controle, regulação e a garantia do interesse coletivo;
- b. Em concorrência, os agentes tendem a focar em setores mais lucrativos do mercado, negligenciando a parcela do serviço público que seja pouco interessante comercialmente;
- c. Um aspecto mais rentável do serviço pode ficar inflado com prestadores em contraposição de um relativo abandono de um aspecto menos rentável. Isso acaba resultando na entrada de muitos competidores no mercado, principalmente em face de um otimismo exagerado, o que pode levar a um aumento de custos fixos e à diminuição do faturamento, acarretando uma quebra generalizada do setor ou o aumento de transgressão de normas jurídicas para evitar prejuízos ou alcançar lucros que eram esperados;
- d. Com muitos agentes no setor, há um risco maior de haver concorrência predatória entre os *players*, e;
- e. A difusão de tipos de atividades diversas dentro de um mesmo setor, difundida pela concorrência, pode levar à fragmentação dos mercados em razão da tendência da proliferação de padrões técnicos incompatíveis.

Nota-se que o jurista apresenta uma ampla visão sobre os riscos agregados à uma competitividade ampla no setor. Isso porque existem falhas de mercados que podem ser potencializadas quando diante de um mercado relacionado com a prestação de um serviço público.

Sob a perspectiva do serviço público de loterias, essas falhas são ainda mais evidentes.

Retomamos a avaliação das potenciais externalidades negativas, já que se sabe que, por mais que a loteria tenha uma finalidade nobre de arrecadar valores para o custeio de atividades sociais, como educação e saúde, na sua essência, a loteria envolve jogos de apostas.

Nesse sentido, convém apontar que a Organização Mundial da Saúde (“OMS”) define o vício o jogo compulsivo no Código Internacional de Doenças, ao lado da dependência do álcool, cocaína e de outras drogas. Segundo levantamento feito pelo departamento de psiquiatria da Universidade de São

---

<sup>101</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e concorrência. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 233:311-371, jul./set. 2003.



Paulo (USP), a compulsão por jogos atinge cerca de 1% da população brasileira, totalizando mais de 2 milhões de viciados.<sup>102</sup>

Ora, numa hipótese de competição no mercado, as empresas concessionárias iriam ter que competir pela população economicamente ativa e que são potenciais apostadores. O marketing, ainda que responsável, pode potencializar o vício em jogo de forma compulsiva, produzindo efeitos sociais e econômicos nefastos.

Adicionalmente, uma ampla competitividade no mercado pode resultar no aumento na criminalidade, com comercialização irregular (p.ex. para menores de idade).

No Brasil, os jogos de azar organizado e com formato de loterias possuem uma histórica relação com o crime organizado, principalmente quando analisamos o “jogo do bicho”.

Se por um lado, a competitividade no mercado permite que a exploração do serviço de loteria seja explorada de forma fiscalizada, controlada pela polícia administrativa, por outro, o serviço pode ser utilizado como uma fachada para outras atividades ilícitas, tal como já aconteceu com os bingos no passado brasileiro<sup>103</sup>.

De fato, a criminalidade possui uma capacidade quase que infinita de mutação, utilizando-se de quaisquer instrumentos e situações jurídicas em seu favor. Dessa forma, qualquer proibição por si só não evita as atividades ilícitas.

Adicionalmente, conforme adiantado, é melhor que a atividade seja prestada em um ambiente regulado por meio de uma concessionária de serviço público do que pelo crime organizado.

Demonstra-se, portanto, que não há razão para coibir integralmente a delegação do serviço público de loteria.

Contudo, há uma nítida diferença em delegar o serviço para apenas um ou poucos concessionários e delegar para diversos concessionários para explorarem o serviço de loterias em um ambiente com alta competitividade.

É muito mais fácil e eficiente fiscalizar e regulamentar um mercado com um ou poucos *players* do que um com muitos prestadores do mesmo serviço.

E neste cenário também é imperioso retomar as outras falhas de

<sup>102</sup> <http://edicaodobrasil.com.br/2017/08/17/vicio-em-jogos-de-azar-afeta-1-da-populacao/>, acesso em 13/09/2021.

<sup>103</sup> [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/publicacao\\_noticias/2020\\_Noticias/2020\\_Agosto/Organiza%C3%A7%C3%A3o%20criminosa%20explora%20jogos%20de%20azar%20para%20lavar%20dinheiro](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/publicacao_noticias/2020_Noticias/2020_Agosto/Organiza%C3%A7%C3%A3o%20criminosa%20explora%20jogos%20de%20azar%20para%20lavar%20dinheiro), acesso em 13/09/2021.

mercado que incidiram na prestação dos serviços lotéricos, nomeadamente os impactos decorrentes da assimetria de informação (risco moral) e dos ganhos de escala e escopo que poderiam gerar efeitos próximos de um monopólio natural.

Na primeira falha de mercado, reiteram-se os argumentos já apresentados sobre a dificuldade de se fiscalizar um serviço público no qual todos os agentes de mercado não detêm a integralidade das informações referentes aos serviços, permitindo que os operadores abusem da sua condição no mercado.

Na segunda falha de mercado, referente aos ganhos de escala e escopo, é preciso retomar que os serviços lotéricos paulistas não atuarão em monopólio. Haverá competição dos serviços lotéricos federais, desenvolvidos pela Caixa Econômica Federal, bem como dos sites internacionais. A introdução de múltiplos operadores estaduais, competindo entre si, certamente reduzirá os ganhos de escala e escopo necessários para fazer frente a concorrência dos agentes federais e internacionais, prejudicando as loterias estaduais. Ou seja, fragmentar o mercado, com competição entre diferentes operadores trará desvantagens aos serviços lotéricos paulistas em face dos seus concorrentes nacionais e internacionais.

Dessa forma, demonstra-se que uma plena competitividade no mercado conferida ao serviço público de loterias apresenta inúmeros obstáculos. Do ponto de vista social, econômico e de saúde pública, a ampla competitividade na loteria estadual pode causar mais malefícios do que benefícios. Dessa forma, a ampla competitividade não é recomendável para a delegação do serviço de loterias em âmbito estadual.

#### 2.1.5.2. Competição pelo mercado

A competição pelo mercado é, nas palavras do economista Paul Geroski, a competição de empresas para deter um padrão (*standard*).<sup>104</sup> Não estamos diante de uma briga no dia-a-dia do mercado, mas sim pelo direito de explorar aquele determinado mercado. É o caso do modelo *franchise bidding* desenvolvido pelo economista Harold Demsetz<sup>105</sup>.

Nesta competição pelo mercado as empresas disputam o controle sobre um mercado em si, mediante leilões públicos. É o caso descrito pela legislação brasileira para delegação de serviços públicos por meio de concessões (ou mesmo de permissões).

Nessa hipótese de impossibilidade de vários *players* prestando o

<sup>104</sup> Geroski, P. Competition in Markets and Competition for Markets. *Journal of Industry, Competition and Trade* 3, 151–166 (2003). <https://doi.org/10.1023/A:1027457020332>

<sup>105</sup> DEMSETZ, Harold. (1968) Why Regulate Utilities?. *Journal of Law and Economics*. vol. 11, nº 1, article 6. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/jle/vol11/iss1/6>. Acesso em: 11 out. 2021.





mesmo serviço ou na qual existem diversas falhas de mercado para justificar a delegação seletiva do mercado, há uma competição pelo direito de prestar o serviço público. Aí que entram as teorias do leilão e a avaliação sobre qual modalidade melhor atende o interesse público (p. ex.: menor tarifa, maior valor de outorga etc.).

Conforme já demonstrado no subitem anterior, a prestação do serviço público com competição no mercado apresenta inúmeros obstáculos de ordem econômica, social e técnica, o que prejudicam demasiadamente o interesse público.

Dessa forma, a competição pelo mercado, com exclusividade ou não, é a melhor hipótese para satisfazer o interesse público.

Adicionalmente, limitar o número de prestadores do serviço público de loterias por meio da competição pelo mercado traz inúmeros benefícios regulatórios.

Primeiramente, há uma otimização na fiscalização, regulação e controle exercida pelo Poder Concedente aos concessionários. Isso porque, como o número de concessionários é limitado às empresas que lograram êxito no certame licitatório, o Poder Concedente tem pleno controle de quem são e de quantos concessionários existem.

Logo, fica dispensada a necessidade de intenso exercício de um poder de polícia pelo Poder Concedente, bastando que as autoridades exerçam prerrogativas conferidas diretamente pelo futuro contrato de concessão apenas sobre os concessionários delegatários.

Esse prévio conhecimento que o Poder Concedente detém sobre a quantidade e identidade dos prestadores do serviço público de loterias elimina uma necessidade de instituição de novas entidades da Administração Pública e da contratação de novos agentes e servidores públicos que se dedicariam exclusivamente à regulação sobre esse setor. Além de haver uma economia econômico-financeira para o erário, há também uma otimização do tempo da Administração Pública.

Na lição de Marçal Justen Filho, o regime jurídico de Direito Público impõe o dever de utilização eficiente dos recursos públicos, evitando desperdícios dos recursos públicos materiais e imateriais.<sup>106</sup> Assim, pelo princípio da eficiência, é necessário que a atividade estatal busque os melhores resultados econômicos, do ponto de vista quantitativo e qualitativo.<sup>107</sup>

Inclusive, um número restrito de empresas prestadoras do serviço

<sup>106</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 222.

<sup>107</sup> Idem, p. 503.

público de loterias permite que o Poder Pública as identifique com maior facilidade e evite que a outorga seja utilizada para fins ilícitos, tais quais lavagem de dinheiro e/ou fachada para outras atividades ilícitas (jogo ilegal, por exemplo).

Adicionalmente, uma alocação eficiente do mercado envolvendo os serviços públicos de loteria permite que a competição pelo mercado ainda elimine vícios constantes da competição no mercado, mantendo seus benefícios ao mesmo tempo que acumula maiores condição de fazer frente aos concorrentes federais e internacionais.

Feitas essas considerações que comprovam que a competição pelo mercado é o método mais adequado apresentamos, abaixo, tópicos tratando da competição pelo mercado, com múltiplos operadores, e uma análise de competição pelo mercado, com exclusividade para um único operador do serviço.

#### 2.1.5.2.1. Competição pelo mercado com múltiplos operadores

Nessa hipótese, o Poder Concedente, por meio de um procedimento licitatório, outorga a concessão do serviço público de loterias para mais de um operador. Trata-se de uma hipótese que permite a coexistência de diversos concessionários.

Mas cabe apontar que, caso a concessão seja outorga para múltiplos operadores, sem distinção quanto às condições e escopo dos serviços de loterias, haverá, na prática, uma competição no mercado.

Numa hipótese, por exemplo, em que o Estado de São Paulo lança uma concorrência para selecionar três concessionários para prestar os serviços públicos de loterias, em todas as modalidades, em todo o espaço geográfico do Estado, cria-se um mercado com competição interna.

Ainda que haja um processo que se assemelhe à competição pelo mercado, a modelagem exemplificativamente exposta acima conduz à uma competição no mercado exercida pelos três concessionários. Invariavelmente, todos os problemas e obstáculos já tratados no item 2.1.5.1 do presente Estudo estariam presentes.

Uma competição pelo mercado efetiva e que mitigue os problemas já identificados deve levar em consideração uma discriminação entre a extensão e o escopo do serviço concedido. Isto é, não serão outorgados os mesmos serviços para todos os concessionários. Nota-se que, conforme exposto, cada concessionário ficará responsável por um setor do mercado (*standard*), não



existindo competição entre os concessionários.

É possível haver uma competição pelo mercado, com múltiplos operadores, sob os critérios de “modalidades”, “canais de venda/distribuição” ou “geográfico”.

Na hipótese de competição com múltiplos operadores sob o critério da “modalidade”, é possível que o Poder Concedente selecione um concessionário para exercer cada uma das modalidades de loterias. Por exemplo, enquanto um concessionário fica responsável por prestar o serviço de loteria instantânea, outro fica responsável pelo serviço de loteria de prognóstico numérico, e assim por diante.

Nesse caso, apesar de não haver uma competição entre os concessionários, haverá modalidades lotéricas que são mais ou menos rentáveis que a outra.

Uma concessionária que seja selecionada para realizar a prestação de uma modalidade pouco rentável, pode passar a adotar práticas abusivas justamente para poder atingir uma expectativa de rentabilidade.

Adicionalmente, enquanto certas modalidades sejam mais rentáveis e atraíam os melhores *players* do mercado, as modalidades menos rentáveis ficarão relegadas aos *players* com menor capacidade de prestação do serviço. Isso cria uma assimetria na prestação do serviço potencialmente prejudicial ao interesse público.

E isso sem mencionar que se perde os ganhos de escala e escopo na gestão de diferentes modalidades lotéricas. Por exemplo, o custo para impressão de bilhetes poderia ser aproveitado para imprimir bilhetes de prognósticos numéricos e/ou esportivos, quiçá mesmo de raspadinhas (as loterias instantâneas). Outro exemplo é a segurança do sistema lotérico, com pagamento de *payouts* atrativos, sobretudo para competir com as loterias federais e sites internacionais. A delegação segregada das modalidades lotéricas não permite sinergias entre diferentes loterias, prejudicando a competitividade dos serviços lotéricos do Estado de São Paulo.

Consequentemente, a operação de mais de uma modalidade lotérica para um único operador permite maior robustez para gestão das atividades lotéricas, transmitindo maior segurança no sistema e permitindo o pagamento de melhores (e maiores) prêmios aos apostadores.

Se considerarmos a divisão do mercado por meio de dinâmica que



segregue os canais de venda/distribuição da loteria, teremos concessões individuais para loterias físicas e concessões para loterias virtuais, de atuação online. A licitação de ao menos dois contratos seria necessária.

Acontece que esta alternativa apresenta problemas de escopo e de regulação, haja vista a perda de sinergia entre diferentes canais de venda dos serviços lotéricos, assim como a necessidade de se alinhar os serviços lotéricos físicos com os digitais para, a despeito da segregação do canal de venda, ofertar a mesma marca (e os mesmos serviços) para os apostadores.

Além disso, informações do estudo técnico operacional sugerem grande desbalanceamento entre os canais de venda/distribuição dos produtos, o que poderia gerar a inviabilidade econômico-financeira de concessões autônomas sob este critério de competição.

Como resultado, tampouco recomenda-se utilizar o critério de canal de venda/distribuição dos produtos lotéricos como forma de segregar os serviços e introduzir competição no mercado.

Com relação à terceira modalidade de competição pelo mercado, adotando critério “geográfico”, um mesmo concessionário ficará responsável por todas as modalidades dos serviços lotéricos sobre uma mesma região do Estado de São Paulo.

Por exemplo, um concessionário fica responsável pela execução da integralidade dos serviços de loteria na região metropolitana da capital, enquanto outro fica responsável por uma região de interior do Estado.

Nessa hipótese, certas dificuldades identificadas na divisão por modalidade são mitigadas, desde que a composição dos *clusters* regionais sejam adequadas. Visto que um mesmo concessionário será responsável por todas as modalidades dentro de uma região geográfica, suprime-se a assimetria na prestação entre cada modalidade, ganha-se escopo e fortalece-se o sistema lotérico regional.

Adicionalmente, ainda que exista diversas modalidades do serviço de loterias, a lógica da prestação do serviço é a única, e não há razão econômica em segregar a prestação do serviço entre diversos operadores. Faz sentido que um concessionário, em seu plano de negócios, considere a prestação considerando todas as modalidades do serviço público de loterias (como ocorre com a CAIXA, em nível federal, por exemplo).

Contudo, a divisão geográfica na prestação dos serviços pode

implicar numa assimetria regional e numa dificuldade na fiscalização sobre a prestação correta dos serviços.

Com relação à assimetria regional, é notório que certas regiões do Estado serão mais atrativas sob o ponto de vista econômico. Nesse caso, haverá uma maior competição e, conseqüentemente, o melhor *player* poderá ser selecionado para a região mais cobiçada. Por outro lado, regiões com pouca atratividade, poderão ser negligenciadas pelos *players*, criando uma invariável assimetria na prestação dos serviços. Aqui, novamente, há o risco de formação inadequada dos *clusters* regionais para designação das áreas de concessão<sup>108</sup>.

Os Estudos Econômico-Financeiros demonstram os desafios de se segmentar o Estado de São Paulo em diferentes regiões geográficas para gerar atratividade para diferentes *clusters*. No mais, os mesmos Estudos também sinalizam que a outorga segmentada dos serviços retirará do Estado potencial de competitividade em face dos serviços federais e dos sites internacionais.

Com relação à fiscalização, considerando a divisão geográfica, há de se considerar que a atividade exercida por cada concessionário ficará restrita à região geográfica objeto da outorga. Considerando que o Estado de São Paulo é uma unidade da federação com intensa integração regional, é um desafio restringir a prestação do serviço apenas à população da região objeto da outorga.

Nada impede, por exemplo, que um apostador de Registro/SP, no Vale da Ribeira, se dirija até o Município de Santos/SP para realizar uma aposta ofertada por uma concessionária que não está presente na sua região de origem, trazendo desafios importantes à delegação segmentada pelos clusters geográficos. Esse exemplo é didático pois demonstra uma situação que abrange todo o Estado de São Paulo e que apresentaria enorme dificuldade para manutenção econômico-financeira de um contrato de concessão com regiões demasiadamente integradas.

Aliás, a questão antecedente é sobremaneira sensível quando falamos de loterias online, pois parece inexistirem meios tecnológicos que permitam, de forma eficiente e confiável, segregar a aquisição de bilhetes em regiões dentro do mesmo estado federado. É dizer, é possível, por exemplo, se valer do IP dos computadores para controlar a comercialização de loterias entre diferentes estados dentro do Brasil. Contudo, não é possível sob a perspectiva técnica fazer o mesmo de forma confiável e eficiente dentro de regiões delimitadas na área de um mesmo estado federado. Alternativas, tecnológicas, embora possam ser possíveis, parecem enfrentar relevante desafio de eficiência dos custos e investimentos para além das dificuldades técnicas sinalizadas

<sup>108</sup> Discussão semelhante é traçada na regionalização do saneamento básico, setor no qual se discute a delegação de “filé” regional para certos agentes de mercado, enquanto outros ficam com o “osso”, composto por municípios com baixa rentabilidade econômico-financeira.

anteriormente.

Ainda assim, sob a perspectiva da competição pelo mercado com múltiplos operadores, o critério geográfico até seria o mais eficiente e acertado se comparado com os critérios de “modalidade” ou de “canal de venda/distribuição”. Contudo, mesmo nesta hipótese de divisão geográfica, parece existir óbices relevantes que afastam por completo o uso de delegação sem exclusividade nos serviços lotéricos estaduais.

#### 2.1.5.2.2. Competição pelo mercado com exclusividade

Na competição pelo mercado com exclusividade, há competição entre os interessados pela outorga de concessão do serviço de loterias para apenas para um concessionário atuar em todas as modalidades dentro da região geográfica integral do Estado de São Paulo.

Essa hipótese elimina os problemas identificados no subitem anterior, quais sejam: (i) assimetria na prestação do serviço; e (ii) limitação da atuação do concessionário ao espaço geográfico. Em verdade, por meio da exclusividade, enfrentam-se as falhas de mercado e permite-se a competição efetiva com os serviços federais e dos sites internacionais.

Como será apenas um concessionário, o mesmo serviço de loterias entregue na capital será idêntico ao serviço de loterias prestado no Município de Tupã, por exemplo.

Com relação à limitação do espaço geográfico de atuação do concessionário, não haverá o obstáculo de fiscalizar se o concessionário está prestando o serviço dentro de sua área de atribuição. Contanto que seja respeitado o território do Estado, não haverá necessidade do Poder Concedente em dispendar tempo e recurso com fiscalização nos moldes esclarecidos anteriormente (é óbvio que outras formas de acompanhamento contratual e fiscalização da concessão serão necessários), sendo possível o controle online da comercialização lotérica para outros estados da federação brasileira.

Em resumo, sob o regime de competição pelo mercado, todos os problemas relacionados com a multiplicidade de operadores do mesmo serviço são mitigados. Inexiste sob o regime de exclusividade a competição desleal entre operadores estaduais, a prática de *payouts* predatórios, reduzindo-se o incentivo a prática de jogo irresponsável na tentativa de aumentar o mercado consumidor, assimetria na prestação do serviço e negligência sob regiões e/ou modalidades pouco rentáveis.





Todos esses aspectos são mitigados naturalmente ou por meio de disposições do eventual contrato de concessão, com a exigência de entrega de informações contábeis da concessionária e controle do seu faturamento.

O argumento contrário a exclusividade dos serviços residiria naturalmente na tendência do “monopolista” abusar da sua posição dominante de mercado e (i) praticar preços abusivos ou (ii) prestar serviços de baixa qualidade.

Contudo, ambos os argumentos não prosperam no caso de loterias estaduais.

Sobre o incentivo de se praticarem preços abusivos: os serviços lotéricos são peculiares se comparados com outros serviços públicos. Isso porque não se está diante de uma tarifa, mas sim em face da cobrança de um preço público para participação de uma atividade lotérica, com sorteio (extração) e pagamento de um prêmio na hipótese de se sagrar vencedor da aposta. O concessionário aqui precisa prospectar clientes ao invés de simplesmente cobrar pelo uso de uma infraestrutura. Se o preço das apostas não for atrativo ou se o seu *payout* não for adequado, não haverá apostares. Por isso, a atividade lotérica não pode conviver com controle de preços. Deve ser regulada com preço livre, que compete livremente com as loterias federais e com os valores praticados pelos sites internacionais.

O incentivo para a atividade lotérica não é de abuso de preços exorbitantes, mas sim de comercialização eficiente de serviços lotéricos. Se aumentar muito o preço e houver a competição destes concorrentes federais e internacionais, o consumidor deixa de adquirir o produto.

A regulação de preços então precisa ser substituída por uma regulação de receitas, já que é preciso que o Poder Concedente saiba os valores arrecadados para fiscalizar a correta destinação de parcela dos recursos para serviços sociais, ao passo que também deve prezar pela solidez do sistema lotérico do Estado, para assegurar segurança do pagamento dos prêmios.

Sobre o incentivo de se prestarem serviços de baixa qualidade: o contrato de concessão naturalmente deverá prever encargos ao concessionário para prestar informações dos serviços prestados, atendendo indicadores de qualidade, assim como permitir a prática de jogos responsáveis. Logo, a regulação contratual será mais que suficiente para evitar a baixa qualidade nos serviços lotéricos. E isso sem rememorar a pressão competitiva das loterias federais e sites internacionais, que por si só já induzirão a prestação adequada dos serviços de loteria no Estado de São Paulo.



Dando seguimento à análise proposta, esclarecemos que, sob o aspecto regulatório, podem se apontar diversos benefícios na adoção do regime com exclusividade.

Primeiramente, todo o tratamento regulatório pode ser realizado pelo Poder Concedente por meio do futuro contrato de concessão (um único instrumento). Nesse caso, elimina-se a necessidade da edição de normas infralegais e regulamentares que disciplinem a prestação do serviço de loterias, simplificando a atividade regulatória do Estado, com foco na gestão do contrato de concessão.

Segundamente, o Poder Concedente terá menos dificuldade em fiscalizar e regular a atuação do concessionário sob o regime de exclusividade. Considerando o enxugamento dos gastos públicos e a otimização dos recursos humanos da Administração Pública, é desejável que os tempo e dinheiro do Poder Concedente sejam direcionados para áreas de maior sensibilidade do que direcionado para realizar um controle e regulação sobre um setor de loterias. Portanto, inexistindo mais de um concessionário, inexistirá uma demanda do Poder Concedente para realizar o controle sob diversos *players* do setor. Afinal, se a ideia primordial por trás da delegação do serviço público de loterias é justamente levantar recursos para o erário e serviços sociais, é contraproducente que o Estado venha a gastar mais com a fiscalização sobre o futuro concessionário.

Terceiramente, a prestação de um serviço público sob o regime de exclusividade é a prática que tem marcado o setor de concessões desde 1995, envolvendo diversos segmentos de infraestrutura. É conhecida, e conta com maior arcabouço prático da Administração Pública na forma de lidar com esse modelo.

Não será necessário, por exemplo, que o Estado de São Paulo se reinvente ou adentre uma zona de incerteza ao conceder os serviços públicos de loteria para mais um concessionário. Ressalta-se que a concessão dos serviços públicos de loterias pelos estados é uma nova realidade em muitos entes da federação, exigindo cautela na formatação de novo serviço público.

Portanto, adotar uma posição conservadora, cautelosa e com base em um modelo já consagrado de exclusividade é o comportamento mais adequado para um setor que é relativamente desconhecido do Poder Concedente.





E, considerando a abordagem proposta de exclusividade, permite-se que a exclusividade seja controlada e periodicamente desafiada por sucessivos processos licitatórios, nos quais o mercado poderá simular a competição para ter o direito de explorar os serviços. Ou seja, os eventuais

prejuízos do modelo de exclusividade estariam em grande medida mitigados, permitindo que o modelo de concessão exclusiva agregue tão somente benefícios de ganho de escala, escopo, solidez do sistema lotérico, facilidade regulatória e de fiscalização (via preponderantemente por meio de gestão contratual), segurança da adoção de um modelo testado em outros projetos do Estado etc.

## 2.2. Conclusão

O modelo de delegação dos serviços lotéricos deverá seguir formato de concessão para afastar riscos de questionamento, observado resumo na tabela abaixo:

Tabela 11 – Comparação de Modelos de Delegação

	Características	Grau de Risco Jurídico
 <b>Autorização</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Instrumento de natureza normalmente precária, usualmente figurado como ato unilateral</li> <li>Não exige licitação, permitindo vários operadores atuarem em competição</li> <li>Maior custo regulatório institucional em função da pluralidade de agentes e ausência de detalhado instrumento contratual, com dificuldade de controle pelo titular e pelos órgãos de controle</li> </ul>	<b>Óbice jurídico – Risco Alto:</b> questionamentos em face da caracterização dos serviços lotéricos como serviços públicos a serem explorados nos termos do art. 175 da Constituição Federal + Discussão de competência em face da legislação federal que determina concessão Precedente: Loteria esportiva online da União
 <b>Credenciamento</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Procedimento utilizado para situações de inexigibilidade de licitação, para que múltiplos agentes atuem em atividade econômica contratada</li> <li>Normalmente não gera contratos, sendo ato unilateral</li> <li>Maior custo regulatório em função da pluralidade de agentes, com dificuldade de controle pelo titular e pelos órgãos de controle</li> </ul>	<b>Óbice jurídico – Risco Alto:</b> Questionamento em face da ausência de licitação e/ou ausência de instrumento contratual, considerando a necessidade de prévia licitação nos termos do art. 175 da Constituição Federal Precedente: Discussão no Maranhão
 <b>Permissão</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Instrumento de natureza normalmente precária, adotado usualmente para serviços de menor complexidade e com menor necessidade de investimentos</li> <li>Menor grau de proteção de investidores, com necessidade e maior custo regulatório em função da comum precariedade dos instrumentos</li> </ul>	<b>Óbice técnico – Risco Médio:</b> Necessidade de realizar uma licitação, havendo menor grau de segurança para os investidores, o que poderá afastar interessados+ Discussão de competência em face da legislação federal que determina concessão Precedente: P.ex. Ambulante de Bilhetes
 <b>Concessão</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Instrumento contratual com garantias para investidores, com conhecimento consolidado pelo mercado e pelo Estado</li> <li>Pode ser organizada por regime de competição (cf. art. 16 da Lei 8.987/95), bem como por regime de exclusividade, hipótese que dependerá de justificativas técnicas e/ou econômicas</li> </ul>	<b>Viabilidade jurídica – Risco Baixo:</b> Modelo conhecido e estado para delegar a exploração material de serviços públicos, com preponderância de regulação contratual Precedente: Regulação federal (p.ex. Lotex)

Fonte: Consórcio SP Lotto

Ademais, é possível apresentar conclusão sobre a viabilidade do modelo de delegação, conforme os Cenários A e B descritos no Edital de Chamamento Público, quais sejam:

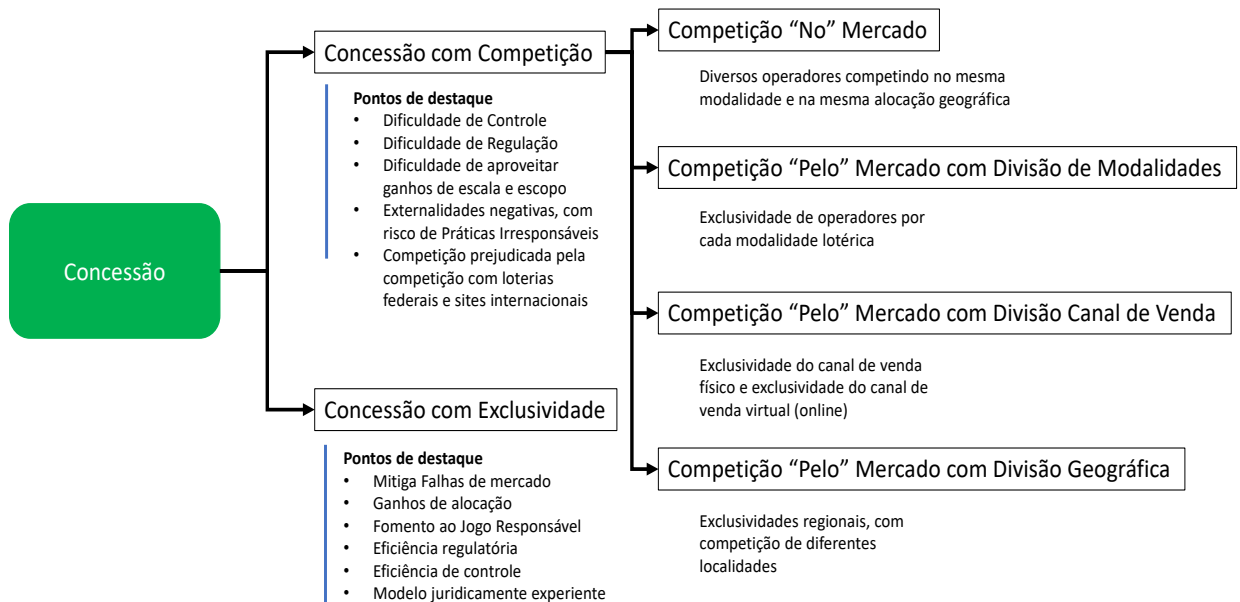
- Cenário A:** os interessados deverão considerar modelos de exploração dos serviços lotéricos nos quais tenham assegurada a exclusividade na prestação dos serviços, ao longo do prazo contratual, para a(s) modalidade(s) lotérica(s) objeto do contrato, sendo a exclusividade compreendida como a ausência de contratação, pelo Estado de São Paulo,

de outra pessoa física ou jurídica para a exploração da(s) mesma(s) modalidade(s) lotérica(s).

- b. **Cenário B:** os interessados deverão considerar modelos de exploração dos serviços lotéricos nos quais não tenham assegurada a exclusividade na prestação dos serviços, ao longo do prazo contratual, para a(s) modalidade(s) lotérica(s) objeto do contrato, de modo que o Estado de São Paulo possa contratar, concomitantemente, mais de uma pessoa física ou jurídica para a exploração da(s) mesma(s) modalidade(s) lotérica(s).

Sobre estes cenários, foram analisados os seguintes desdobramentos:

*Imagem 1 – Potencial composição de cenários para prestação dos serviços lotéricos*



*Fonte: Consórcio SP Lotto*

O resumo da análise dos desdobramentos é apresentado abaixo.

### 2.2.1. Cenário A

Nos termos do já exposto, considerando um cenário de exclusividade na prestação do serviço de loterias, o modelo jurídico de delegação que melhor atende o disposto na legislação federal e estadual é a concessão de serviço público, nos termos da Lei Federal 8.987/1995 e Lei Estadual 7.835/1992.

Nessa hipótese, a exclusividade pode ser feita por meio da delegação da integralidade do serviço lotérico, compreendendo todas as

modalidades, para um concessionário atuar com exclusividade dentro de todo o território do Estado de São Paulo.

O cenário de exclusividade parece ser aquele que melhor atende os requisitos técnicos, jurídicos e econômicos do objeto do presente PMI, pois detém mecanismos para trazer segurança aos serviços, mitigar falhas de mercado, aproveitar ganhos de escopo e escala, além de fortalecer o sistema lotérico local e aproveitar eficientemente mecanismos regulatórios e de fiscalização. Os supostos prejuízos decorrentes do regime de exclusividade são facilmente mitigados por previsões contratuais e pela própria dinâmica de competição da loteria estadual com as loterias federais, sob administração pela Caixa Econômica Federal (ou que venham a ser delegadas pela estatal), com os sites de apostas internacionais, e concursos de título de capitalização.

### 2.2.2. Cenário B

Mesmo numa hipótese de ausência de exclusividade, com dois ou mais concessionários explorando uma mesma modalidade de serviços lotéricos, o instrumento jurídico que melhor se coaduna com a legislação federal e paulista é a concessão de serviço público, nos termos da Lei Federal 8.987/1995 e Lei Estadual 7.835/1992.

Há, contudo, diversas falhas de mercado que desaconselham a estruturação dos serviços públicos lotéricos com competição no mercado de loterias, tornando questão ainda mais sensível se contextualizada a competição destes serviços junto das loterias federais e dos sites internacionais, havendo, nestes casos, alta chance de perda de competitividade da loteria estadual de São Paulo.

Não obstante, também é possível que o Poder Concedente outorgue (i) diversas concessões para uma mesma modalidade do serviço de loteria, dentro de um mesmo espaço geográfico, (ii) segmentar os serviços com base no seu canal de distribuição, ou seja, se físico ou virtual; ou (iii) conceder com exclusividade determinada(s) modalidade(s) de serviços lotéricos para um determinado espaço geográfico dentro do Estado de São Paulo, formando *clusters* regionais de serviços lotéricos.

Na primeira hipótese, há uma competição entre concessionários de diferentes modalidades do serviço público de loteria, o que apresenta riscos de diversas naturezas, conforme exposto no item 2.1.5.1 do presente relatório.

Na segunda hipótese, há competição entre diferentes



concessionários de canais de venda, expondo cada concessão diante dos riscos de alocação eficiente de recursos, competição com terceiros e viabilidade das próprias concessões, detalhados no item 2.1.5.1.

Na terceira hipótese, como cada concessionário ficará limitado a prestar o serviço dentro da sua área de atribuição, mitigam-se os riscos e problemas identificados nos formatos anteriores, conforme exposto no item 2.1.5.2.1 do presente relatório, mas deve-se enfrentar outros desafios, envolvendo a formação equilibrada dos *clusters* para além de maior incorrência de custos regulatórios para acompanhar diferentes concessionários e a impossibilidade técnica de se limitarem mercados dentro do mesmo estado federado (p.ex. controle de vendas online).

Após investigação, o modelo com competição que aparenta melhor atender aos requisitos técnicos, jurídicos e econômicos do objeto do presente PMI é a outorga de concessões para todas as modalidades dos serviços lotéricos a serem exploradas pelo concessionário dentro de um território previamente definido (*clusters*), ainda que, nesta situação, haja pontos de atenção e risco a serem sopesados pelas autoridades governamentais, induzindo a adoção de escolha do modelo com exclusividade.



### 3. Capítulo III – Comparação de modelos

#### 3.1. Identificação das diferenças entre cenário A e cenário B

A concessão comum, regime pelo qual a Administração Pública firma um contrato com um parceiro privado para prestação de serviço público – no caso, o serviço de loterias –, conforme demonstrado acima, se mostra o regime mais adequado à prestação do serviço lotérico. Isso porque, deve-se considerar as prerrogativas conferidas ao Poder Público e a segurança ao privado, gerando mais atratividade para a prestação/delegação do serviço para as partes.

Dentro do regime de concessão, contudo, existem ainda diferentes formas de se delegar o serviço. Ou seja, a discussão não se encerra na escolha do regime de outorga, mas se estende à definição de como o serviço será prestado: sob o regime de exclusividade (cenário A) ou sob o regime de competitividade (cenário B)?

O regime de competição poder-se-á ser estruturado de diferentes formas. Ao longo do último Capítulo II buscamos demonstrar as formas de delegação com competição, destacando seus pontos positivos e negativos.

Neste cenário, identificou-se possível estruturar delegações por meio (i) de competição no mercado; ou competição pelo mercado, mediante o processamento de processos licitatórios, considerando (ii.a) a delegação segregada das modalidades lotéricas, p.ex. enquanto um operador se encarregar das loterias de prognóstico outro será responsável pelas loterias esportivas e/ou de quota fixa; havendo, alternativamente, a opção (ii.b) de se delegar todas as modalidades lotéricas em conjunto, mas para diferentes segmentações geográficas do Estado de São Paulo (diferentes *clusters* regionais).

Tais alternativas, todavia, apresentam uma série de desafios jurídicos, sociais e econômicos, principalmente em virtude das falhas de mercado inerentes aos serviços de loteria, assim como em face da novidade jurídica de se organizarem loterias estaduais.

Como contraponto destes desafios estruturou-se a alternativa de exclusividade, na qual o mesmo operador se encarrega de prestar a integralidade das modalidades lotéricas ao longo de todo o território geográfico do Estado de São Paulo.

As principais diferenças dos modelos analisados residem basicamente na extensão da competição entre diferentes operadores estaduais e



seus impactos na formulação eficiente dos serviços lotéricos estaduais de São Paulo.

Fundamental perceber, apesar de deterem competição, muitas das modalidades sem exclusividade que foram analisadas passam pela mesma premissa de estarem fundamentadas na competição pelo mercado, mediante leilão público. Ou seja, a competição se dá unicamente no momento da licitação. A existência de múltiplos operadores posteriormente, durante a etapa de operação dos serviços lotéricos, não deveria gerar competição entre os agentes estaduais.

Como consequência, pode-se afirmar que potencialmente pouco se aproveita do cenário de delegação sem exclusividade. Pelo contrário, como demonstrado e reiterado neste Estudo, o cenário sem exclusividade detém uma série de riscos e desafios que desaconselham a sua utilização pelo Estado Brasileiro.

Não parece ser demais ressaltar que, dentro do cenário B, o qual pressupõe modelos de exploração dos serviços lotéricos nos quais não tenham assegurada a exclusividade da prestação dos serviços, notam-se dificuldades relacionadas à competitividade alinhada ao bem comum.

Neste cenário seria preciso conciliar o regime de “concorrência”, com: a outorga adequada para o Poder Público, considerando as localidades e os produtos mais e menos vantajosos; a relação econômico financeira entre os privados e o Poder Público; o repasse de valores à seguridade social do Estado de São Paulo; a fiscalização dos diversos concessionários para cuidar da prestação do serviço, das medidas para lidar com práticas ilícitas, entre outros; da regulação das propagandas dos jogos, visando estimular o consumo, mas sem que isso represente danos à saúde pública por estimular um tipo de vício etc.

E tem-se que é extremamente complexo conciliar um regime de múltiplos concessionários com as diretrizes que orientarão a concessão do serviço público visando o bem comum e o interesse público, observando uma série de problemas causados pela concorrência excessiva e predatória entre os operadores (jogo irresponsável, ausência no aproveitamento econômico dos serviços, perda de escala e escopo etc).

Veremos simples exemplo abaixo para ilustrar os benefícios da exclusividade na delegação dos serviços públicos.

Como exemplo, se tem o caso da concessão de dos pontos de ônibus da cidade de São Paulo. Desde 2012, o serviço de confecção, substituição e manutenção de abrigos de ônibus foi concedido à Ótima Concessionária de

Exploração de Mobiliário Urbano. Os cuidados com os abrigos de ônibus são feitos pela Otimiza sem qualquer ônus à Prefeitura de São Paulo, que ainda recebeu o valor de R\$172.5 milhões como valor de outorga. Em contrapartida, a Otimiza pode explorar a publicidade veiculada nesses abrigos de ônibus.

No caso, a Otimiza é responsável pelos inúmeros abrigos de ônibus espalhados pelo Município. Caso esses abrigos fossem divididos em diferentes lotes ou em diferentes concessões, logicamente, existiriam abrigos mais e menos interessantes para a veiculação de publicidade. O valor de outorga, a título de especulação – mas com considerável segurança –, seria muito maior pelos abrigos de ônibus localizados na Avenida Paulista do que em outra localidade com menor circulação de pessoas. Inclusive, é possível que uma série de abrigos de ônibus sequer sejam viáveis para veiculação de publicidade considerando uma localização pouco atrativa. Nesse caso, a receita obtida com a publicidade veiculada em pontos muito procurados garante que a concessionária tenha receita para garantir os cuidados com os abrigos localizados em pontos menos interessantes. Nota-se, portanto, que uma eventual “divisão” da concessão, poderia ser prejudicial para a prestação do serviço.

No mesmo sentido e utilizando o mesmo exemplo, seria extremamente oneroso para a Prefeitura de São Paulo fiscalizar uma série de concessionárias responsáveis por diferentes abrigos distribuídos pelo Município. Em contrapartida, a centralização de todos os abrigos em uma só concessionária, torna a fiscalização da prestação do serviço consideravelmente menos trabalhosa para o Poder Público – assim como seria na concessão do serviço lotérico.

Portanto, a diferença central entre os cenários, a saber, a existência de exclusividade ou não na prestação do serviço, permite que sejam identificadas uma série de vantagens no cenário A, em detrimento do cenário B.

## 3.2. Cenário A

### 3.2.1. Vantagens sociais, econômicas e jurídicas

A delegação do serviço de loterias com exclusividade apresenta diversas vantagens sob o aspecto social, econômico e jurídico. A delegação para um único concessionário mitiga riscos que são decorrentes da multiplicidade de operadores do mesmo serviço e fortalece os serviços lotéricos paulistas em frente da concorrência federal e dos sites internacionais.

Sob o aspecto social, como haverá um concessionário, não



haverá concorrência entre os prestadores do mesmo serviço. Dessa forma, considerando que o único prestador irá trabalhar com um perfil de usuário definido e quantificado, não haverá uma disputa pelos consumidores e/ou uma necessidade de expansão do serviço para além do perfil já definido.

Como exposto acima, a OMS considera que o vício ao jogo e às apostas constituem uma doença. Sem a necessidade expansão agressiva dos negócios mediante prática de jogos irresponsáveis, uma hipótese que somente será necessária com múltiplos operadores, há um maior controle sobre o vício e a moralidade.

Adicionalmente, sob o regime de exclusividade, há um risco menor de concessionários utilizarem a prestação do serviço público de loterias como uma fachada para outras atividades ilícitas ou lavagem de dinheiro. Evidentemente, com uma menor possibilidade se utilizar a concessão como um instrumento do crime, há um ganho social e de segurança pública.

Conforme já mencionado, é notória a promiscuidade entre operadores de jogos clandestinos e outras áreas do crime organizado, que envolvem estelionato, lavagem de dinheiro e formação de quadrilha.<sup>109</sup>

Sob o ponto de vista econômico, a exclusividade garante que o serviço prestado seja rentável, aproveitando-se de ganhos de escala e escopo, bem como evitando uma possível quebra ou insustentabilidade financeira da operação. Como o serviço deve ser prestado sem um avanço abusivo sobre a população e sem que haja uma expansão desenfreada do número de apostadores, há um evidente limite material na operação do concessionário.

Considerando um cenário sem competição no mercado, e apenas pelo mercado, o concessionário terá a garantia de que poderá prestar o serviço sem o risco de se envolver uma atividade sem possibilidade de retorno de lucro.

Adicionalmente, vale retomar que o operador exclusivo nunca deterá o monopólio dos serviços lotéricos na região estadual, pois estará sempre a competir com os serviços lotéricos federais (inclusive com eventual delegação de serviços federais), com os sites internacionais de apostas online e com alguns concursos de título de capitalização. Desta forma, há um incentivo de competição para que o operador exclusivo não pratique prêmios abusivos ou mesmo preços irreais.

<sup>109</sup> Para tanto, vide as seguintes notícias:

<https://g1.globo.com/rj/norte-fluminense/noticia/2021/05/05/operacao-do-mprj-mira-organizacao-criminosa-envolvida-com-jogo-do-bicho-no-noroeste-fluminense.ghtml>  
<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2018/08/13/nao-entra-no-meu-caminho-ameaca-gerente-de-quadrilha-do-jogo-do-bicho-em-sao-goncalo-no-rj.ghtml>  
<https://www.jornaldocomercio.com/ conteudo/geral/2018/08/643387-policia-atua-em-operacao-contra-o-jogo-do-bicho-no-rio-de-janeiro.html>



Este incentivo é reduzido na hipótese de concorrência e competição no mercado. A dificuldade de regulação e controle de múltiplos operadores, juntamente com o aumento de competidores gerará o incentivo inverso, levando concessionários a abaixarem os preços das apostas justamente para garantir que o apostador escolha o seu serviço e não o de outro concessionário, prejudicando a confiabilidade do sistema lotérico do Estado e incentivando posturas oportunistas de diferentes operadores.

Sob o aspecto jurídico, há diversos pontos a serem considerados.

Inicialmente, a regulação, fiscalização e controle deverá ser feita apenas sobre o único concessionário, não havendo necessidade de haver um aparato estatal grande o suficiente para realizar uma regulação sofre diversos *players*.

Como se sabe, a loteria pública tem como finalidade justamente levantar recursos para o erário e aos programas sociais. Nesse sentido, o custo para regulamentar o serviço não pode ser superior ao benefício econômico que este trará aos cofres públicos.<sup>110</sup>

Adicionalmente, a regulação poderá ser realizada quase que integralmente pelo contrato de concessão, sendo desnecessário a edição de normativos gerais e abstratos que venham a regular a atuação de diversos operadores do serviço de loterias.

Por fim, a concessão de serviço público sob o regime de exclusividade é o método mais adotado e comprovadamente eficaz para ativos de infraestrutura e outros projetos estaduais. Reiteramos, a possibilidade de explorar o serviço público de loterias é algo inédito para a maior parte dos estados e, considerando esse cenário de inovação, deve a Administração Pública agir com a devida cautela.

Eventualmente, caso se demonstre o êxito de uma concessão do serviço público de loterias pelos estados, nada impede que novos modelos sejam testados futuramente. Mas enquanto não houver essa confirmação, a Administração Pública deve agir com a cautela que a situação exige, adotando o modelo jurídico que é menos passível de questionamentos e de percalços.

---

<sup>110</sup> Bruno Nagli, em coluna no Estão, aponta que um dos erros da liberação dos bingos no início dos anos 2000 foi justamente as poucas amarras e regulação realizada sobre tais serviços. Vide: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/as-loterias-estaduais-vem-ai-mas-e-preciso-responsabilidade/#:~:text=O%20Supremo%20Tribunal%20Federal%20finalmente,n%C3%A3o%20exclusiva%20do%20governo%20federal.&text=O%20mercado%20de%20loterias%20%C3%A9%20altamente%20atrativo>.

### 3.2.2. Diretrizes gerais para viabilização do modelo (indispensáveis, inconvenientes e inadmissíveis)

De início, é preciso pontuar que as principais diretrizes para operação do modelo de concessão são detalhadas no Capítulo 6 deste Estudo.

Para fins de completude, buscando viabilizar da outorga do serviço público de loterias sob concessão, em regime de exclusividade, as seguintes diretrizes gerais precisam ser observadas:

#### a. Diretrizes indispensáveis:

- i. Necessidade de lei autorizando a concessão: nos termos da Lei Federal 9.074/1995, art. 2º, a concessão do serviço público de loterias deve ser autorizada por lei. Nesse sentido, entendemos que a Lei Estadual 14.386/2021 já supre esse requisito;
- ii. Definir o prazo da concessão: considerando um regime de exclusividade, o prazo da concessão deverá ser definido, de forma fundamentada, visto que, durante o prazo, o concessionário poderá prestar o serviço de loterias sem qualquer concorrência;
- iii. Liberdade de preço, permitindo que a concessionária pratique livremente a atividade de comercialização das apostas lotéricas, com controle regulatório focado nos resultados colhidos pela concessionária (*revenue regulation*) para acompanhar os patamares de *payout* (prêmios), assim como o repasse de montantes devidos ao Estado para endereçamento às políticas sociais.
- iv. Disposição legislativa prevendo arrecadação de valores para destinação de programas sociais pela concessionária, por conta e ordem do Poder Concedente, com alocação de recursos para programas sociais, buscando eficiência fiscal (evitar recolhimento de impostos federais e municipais). Não se deve usar a outorga para repassar os valores ao Estado, sob pena de novamente incorrer em ineficiência fiscal;
- v. Critérios claros de alocação de risco advindo de alteração legislativa e atuação de outros entes governamentais (fato do príncipe), buscando proteger a relação contratual ao longo da vida da concessão. Os riscos devem ser alocados ao Poder Concedente.
- vi. Inexistência de bens reversíveis em função da inutilidade de se manterem ativos vinculados à concessão, e a serem revertidos ao Estado. Modelo espelhado na concessão da LOTEX pelo governo federal.





- vii. Necessidade de consulta e audiência pública: previamente à abertura do futuro edital de concessão, as minutas dos documentos da concessão (edital, minuta do contrato e outros anexos), deverão ser submetidos à consulta e audiência pública;
- viii. Exigência contratual de programa de Compliance, sobretudo para acompanhamento da licitude das atividades da concessionária, evitando uso de loterias para lavar dinheiro de crime;
- ix. Exigência contratual de creditações para reforçar boas práticas da concessionária; e
- x. Previsão de regras editalícias que fomentem a apresentação de boas propostas, exigindo qualificação técnica específica do setor, com guarida na especificidade requerida para outros projetos nacionais, bem como critério de julgamento que beneficie a execução contratual, permitindo aos interessados apresentar propostas para outorga fixa, outorga variável e com propostas técnicas para execução de plano de jogos.

**b. Diretrizes convenientes:**

- i. Não obstante inexistirem bens reversíveis, haverá obrigação de que, quando do término do contrato, a concessionária cederá ao Poder Concedente, gratuitamente, todos os projetos, planos, documentos, base de dados, base de clientes e histórico de Emissões que se revelem necessários a execução dos serviços lotéricos paulistas, e que tenham sido especificamente adquiridos ou elaborados no desenvolvimento das atividades integradas na concessão pela concessionária ou por seus subcontratados, competindo à concessionária adotar todas as medidas necessárias para este fim. Trata-se medida específica, voltada para continuidade dos serviços públicos lotéricos; e
- ii. Designação de uma das 27 (vinte e sete) secretarias que integram o Governo do Estado de São Paulo para tratar das lotéricas estaduais.

**c. Diretrizes inadmissíveis:**

- i. Criação de empresa, autarquia ou fundação para tratar das lotéricas estaduais;
- ii. Delegação dos serviços lotéricos por meio de instrumentos precários, como autorização, credenciamento ou permissão;

- iii. Deixar de apresentar normativo tributário para endereçar a arrecadação dos valores advindos da exploração dos serviços lotéricos, fazendo incidirem tributos federais e municipais sobre toda a base de arrecadação dos valores lotéricos, independentemente de parcela destes montantes serem devidos ao Estado de São Paulo na forma de repasses para ações sociais; e
- iv. Utilização de critério de julgamento que esteja limitado a maior outorga fixa, inviabilizando a participação de outros concorrentes no leilão, que reflete a competição pelo mercado.

### 3.2.3. Incertezas, incentivos e riscos

Apesar de o Cenário A mitigar diversos riscos e obstáculos, o modelo de exclusividade possui riscos que lhe são próprios.

Os principais desafios e riscos aqui são aqueles detalhados anteriormente, referentes ao abuso de preço e baixa qualidade na prestação dos serviços.

Ambos podem ser endereçados com correto tratamento contratual, por exemplo, mediante a utilização de indicadores de desempenho e/ou exigência de acreditação internacional da concessionária.

Para além destas questões, vale retomar a importância de se prever adequado tratamento contratual para a coleta e tratamento de dados pessoais dos apostadores, principalmente considerando que diversos bilhetes de aposta são nominativos por exigência regulatória.

Este tratamento é fundamental para evitar inconsistências em face da LGPD, como também poderá corresponder a oportunidade de receita acessória ao projeto.

### 3.2.4. Propostas de alterações regulatórias

No cenário A, como há apenas um prestador do serviço, toda a regulação pode ser feita pelo Poder Concedente diretamente por meio do contrato de concessão, que definirá todas as condições pela qual o concessionário deverá agir.

Nesse cenário, como há apenas um concessionário, a regulação por meio do contrato de concessão não irá criar situações díspares e de assimetria no controle e fiscalização realizada pelo Poder Concedente.

Não obstante, recomenda-se fortemente a promoção da alteração legislativa para endereçar a questão tributária descrita em maiores detalhes no item 1.4 deste Estudo, afastando ineficiências tributárias.

### 3.3. Cenário B

#### 3.3.1. Vantagens sociais, econômicas e jurídicas

Em regime prestação do serviço de loterias sem exclusividade, ainda que por meio de uma concessão de serviço público, pode apresentar certas vantagens do ponto de vista social, econômico e jurídico.

Da perspectiva jurídico-regulatória, a existência de múltiplos operadores, ainda que divididos em *clusters*, modalidades ou canal de venda/distribuição, permite que o Poder Público compare a atuação de uma concessionária diante da outra, reduzindo o risco moral.

Do ponto de vista social, apesar de uma possível assimetria com relação à prestação do serviço, considerando a multiplicidade de prestadores do serviço, os futuros usuários terão mais liberdade para escolher o prestador do serviço – sempre pontuando aqui a dificuldade de manter os apostadores dentro dos *clusters* definidos à época da licitação para fins da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de cada concessão.

Do ponto de vista econômico, a presença de mais de um operador poderá apresentar alta performance em um primeiro momento, com delegatárias competindo entre si de forma agressiva para fortalecer sua posição no mercado. Adicionalmente, mais de um concessionário poderá permitir pulverização do risco de operação, possibilitando eventualmente maior arrecadação juntos dos serviços lotéricos.

Vale observar aqui embora possa existir efeitos positivos da competição agressiva entre diferentes operadores, esta mesma competição pode ser prejudicial à sociedade com abusividade das práticas de jogo e descasamento de posturas responsáveis com a saúde pública. Além disso, os dados dos Estudos econômico-financeiros parecem sugerir que quanto maior o número de competidores menos rentável se torna a operação lotérica. Como consequência, os valores de outorga e de repasse para projetos sociais tendem a ser menores do que em caso de se delegar os serviços para um único operador. Tal situação se deve pelos ganhos de escala que caracterizam a operação lotérica, conforme sinalizado pela literatura econômica descrita neste trabalho.



### 3.3.2. Diretrizes gerais para viabilização do modelo (indispensáveis, inconvenientes e inadmissíveis)

De início, é preciso pontuar que diretrizes para operação do modelo de concessão são detalhadas no Capítulo 6 deste Estudo.

Por completude, para a viabilizar a outorga do serviço público de loterias sob concessão, sem o regime de exclusividade, as seguintes diretrizes gerais precisam ser observadas.

#### a. Diretrizes indispensáveis:

- i. Necessidade de lei autorizando a concessão: nos termos da Lei Federal 9.074/1995, art. 2º, a concessão do serviço público de loterias deve ser autorizada por lei. Nesse sentido, entendemos que a Lei Estadual 14.386/2021 já supre esse requisito;
- ii. Definir o prazo da concessão: considerando um regime de exclusividade, o prazo da concessão deverá ser definido, de forma fundamentada, visto que, durante o prazo, o concessionário poderá prestar o serviço de loterias com concorrência de outros operadores estaduais;
- iii. Liberdade de preço, permitindo que a concessionária pratique livremente a atividade de comercialização das apostas lotéricas, com controle regulatório focado nos resultados colhidos pela concessionária (*revenue regulation*) para acompanhar os patamares de payout, assim como o repasse de montantes devidos ao Estado para endereçamento às políticas sociais.
- iv. Disposição legislativa prevendo arrecadação de valores para destinação de programas sociais pela concessionária, por conta e ordem do Poder Concedente, com alocação de recursos para programas sociais, buscando eficiência fiscal (evitar recolhimento de impostos federais e municipais). Não se deve usar a outorga para repassar os valores ao Estado, sob pena de novamente incorrer em ineficiência fiscal;
- v. Critérios claros de alocação de risco advindo de alteração legislativa e atuação de outros entes governamentais (fato do príncipe), buscando proteger a relação contratual ao longo da vida da concessão. Os riscos devem ser alocados ao Poder Concedente.
- vi. Inexistência de bens reversíveis em função da inutilidade de se manterem ativos vinculados à concessão, e a serem revertidos ao Estado. Modelo espelhado na concessão da LOTEX pelo governo federal.



- vii. Necessidade de consulta e audiência pública: previamente à abertura do futuro edital de concessão, as minutas dos documentos da concessão (edital, minuta do contrato e outros anexos), deverão ser submetidos à consulta e audiência pública;
  - viii. Exigência contratual de programa de Compliance, sobretudo para acompanhamento da licitude das atividades da concessionária, evitando uso de loterias para lavar dinheiro de crime;
  - ix. Exigência contratual de creditações para reforçar boas práticas das concessionárias, essencial para o cenário com competição, buscando evitar a materialização de externalidades negativas advindas da atividade lotérica;
  - x. Previsão de regras editalícias que fomentem a apresentação de boas propostas, exigindo qualificação técnica específica do setor, com guarida na especificidade requerida para outros projetos nacionais, bem como critério de julgamento que beneficie a execução contratual, permitindo aos interessados apresentar propostas para outorga fixa, outorga variável e com propostas técnicas para execução de plano de jogos; e
  - xi. Mecanismo de controle para manutenção da demanda em cada *cluster* regional e/ou modalidade lotérica, evitando competição entre diferentes concessionárias.
- b. **Diretrizes convenientes:**
- i. Não obstante inexistirem bens reversíveis, haverá obrigação de que, quando do término do contrato, a concessionária cederá ao Poder Concedente, gratuitamente, todos os projetos, planos, documentos, base de dados, base de clientes e histórico de Emissões que se revelem necessários a execução dos serviços lotéricos paulistas, e que tenham sido especificamente adquiridos ou elaborados no desenvolvimento das atividades integradas na concessão pela concessionária ou por seus subcontratados, competindo à concessionária adotar todas as medidas necessárias para este fim. Trata-se medida específica, voltada para continuidade dos serviços públicos lotéricos;
  - ii. Designação de uma das 27 (vinte e sete) secretarias que integram o Governo do Estado de São Paulo para tratar das lotéricas estaduais;



c. **Diretrizes inadmissíveis:**

- i. Criação de empresa, autarquia ou fundação para tratar das lotéricas estaduais;
- ii. Delegação dos serviços lotéricos por meio de instrumentos precários, como autorização, credenciamento ou permissão;
- iii. Deixar de apresentar normativo tributário para endereçar a arrecadação dos valores advindos da exploração dos serviços lotéricos, fazendo incidirem tributos federais e municipais sobre toda a base de arrecadação dos valores lotéricos, independentemente de parcela destes montantes serem devidos ao Estado de São Paulo na forma de repasses para ações sociais; e
- iv. Utilização de critério de julgamento que esteja limitado a maior outorga fixa, inviabilizando a participação de outros concorrentes no leilão, que reflete a competição pelo mercado.

**3.3.3. Incertezas, incentivos e riscos**

Conforme já exposto, são identificados certos obstáculos e riscos com relação ao cenário B.

De início, uma ampla competitividade na exploração dos serviços de loterias pode resultar numa maior oferta de serviços e, conseqüentemente, numa expansão do serviço de loterias, com diferentes operadores construindo sua operação lotérica.

Contudo, a delegação de mercado diminuto dos serviços lotéricos poderá gerar incentivos para que os operadores compensem a falta de ganhos de escala e escopo por meio de posturas oportunistas da venda de jogos para população vulnerável, com jogos irresponsáveis.

Conforme já exposto, a OMS considera que tal vício é uma doença e estudos apontam que 1% da população brasileira sofre desse mal. Com o aumento dos prestadores dos serviços de loterias, essa porcentagem poderia ser aumentada, criando problemas de saúde pública e moralidade.

Haverá, ademais, pressão competitiva sobre os *payouts*, diante de custos elevados e demanda diminuta, com competição externa. Isso poderá fazer com que os operadores ou bem apresentem prêmios menores e que deixarão de ser atrativos aos apostadores, ou bem aumentem seus prêmios de forma irresponsável prejudicando a confiabilidade do sistema lotérico estadual.



Neste cenário, a pressão competitiva poderá gerar problemas de solidez e segurança do sistema lotérico, permitindo o afastamento de apostadores dos serviços de loteria estadual. Isto é, dependendo da competição e do controle dos operadores, poderá haver situações de não pagamento dos prêmios ou então de lavagem de capitais, descredibilizando toda a operação estadual.

Fragilizado, o sistema estadual poderá sofrer ainda maior impacto da concorrência junto de loterias federais (e às vezes até estaduais).

Adicionalmente, nos termos já esclarecidos, entende-se desafiador a montagem de *clusters* para delegação dos serviços lotéricos em diferentes regiões do Estado, o que poderá gerar incentivos perversos na competição pelo mercado. E isso sem falarmos do desafio de acompanhamento contratual para evitar disputa entre diferentes concessionárias diante da comercialização de bilhetes para apostadores de municípios limítrofes dos *clusters* vizinhos, ou então no âmbito virtual.

Falando da regulação, e considerando a multiplicidade de concessionários, deverá o Poder Concedente possuir os recursos físicos, normativos e humanos para poder realizar a fiscalização sobre todos os concessionários. Uma fiscalização fraca ou deficitária pode gerar uma sensação de liberdade indevida aos concessionários. Indevida porque, conforme já exposto, loteria é um serviço público e, portanto, deve ser prestado sob um regime de direito público e em conformidade com a regulação aplicável, termos do contrato de concessão e legislação.

A regulação e controle de múltiplos operadores certamente trará maiores custos regulatórios.

#### 3.3.4. Propostas de alterações regulatórias

O regime com múltiplos concessionários do serviço público de loterias demanda uma atuação regulatória mais complexa por parte do Poder Concedente, que poderá adotar padrões de comparação entre as concessionárias, agregando aspectos de regulação discricionária ao controle dos serviços públicos.

Eventualmente, a depender da quantidade de concessionários de loterias, será necessário instituir um órgão regulador próprio e específico para regular a prestação do serviço público de loterias no âmbito estadual. A constituição de uma nova entidade reguladora demandaria necessariamente uma lei autorizadora e a contratação de novos agentes públicos.

Sob essa perspectiva, reitera-se que o serviço estadual lotérico não deve criar maiores ônus financeiros do que benefícios ao erário. Por essa razão, é questionável a instituição de todo um aparato administrativo para regular e fiscalizar as loterias estaduais.

Não obstante, recomenda-se fortemente alteração legislativa para endereçar a questão tributária descrita em maiores detalhes no item 1.4 deste Estudo.

### 3.4. Análise SWOT entre cenários A e B (item 4.2, “f”, do edital do PMI)

Análise SWOT é uma forma de planejamento estratégico amplamente recomendada por textos da área de estratégia, combinando quatro dimensões: *strengths* (forças), *weaknesses* (fraquezas), *opportunities* (oportunidades) e *threats* (ameaças). Os resultados abaixo da análise devem ser lidos em atenção ao disposto por todos os cadernos de Estudos desta PMI.

#### 3.4.1. Cenário de Concessão Com Exclusividade (Cenário A)

##### **Forças (*Strengths*):**

- a. Ganhos de escala: do ponto de vista econômico, o cenário de concessão com exclusividade permite que a concessionária desfrute de ganhos de economias de escala em sua atividade, devido a diluição dos custos fixos e consequente redução do custo médio de seus produtos;
- b. População e território: acesso a um território mais extenso, com grandes regiões administrativas, e populoso;
- c. Renda: acesso a território diversificado em termos de renda per capita, permitindo que regiões com menor poder aquisitivo acessem os serviços lotéricos dada a escala ganha, pelo operador, com as regiões mais populosas e de maior renda;
- d. Fiscalização regulamentação: maior facilidade de fiscalização do operador por parte do poder concedente, bem como diminuição de custos de transação por facilidade de regulamentação por meio de um único contrato;
- e. Competitividade: maior potencial de competitividade com a Caixa Loterias, sites internacionais e ganhos de mercado;
- f. Modelo jurídico comumente adotado para concessões, permitindo maior previsibilidade e segurança jurídica.

**Fraquezas (*Weaknesses*):**

Percepção da população: possibilidade de percepção negativa da população pela existência de apenas um operador exclusivo, com necessidade de demonstrar que a exclusividade não leva ao monopólio das loterias na região, já que existe forte competição com serviços federais e sites internacionais.

**Oportunidades (*Opportunities*):**

- a. Arrecadação Estadual: possibilidades de maior compartilhamento de excedentes com o poder concedente, dada uma maior arrecadação pelos ganhos de escala;
- b. Arrecadação municipal: maior possibilidade de arrecadação de tributos municipais com o ISSQN;
- c. Complementariedade: potencial de complementariedade de produtos com os ofertados pela Caixa Loterias, dadas as diferenças de escala entre os dois operadores, permitindo ganhos de demanda com a ocorrências de grandes prêmios federais.

**Ameaças (*Threats*):**

Online: dificuldade de competição com jogos online pela falta de regulamentação e tributação apropriada.

**3.4.2. Cenário de Concessão Sem Exclusividade (Cenário B)**

**Forças (*Strenghts*):**

- a. Inovação: possibilidade de ganhos com inovação pela necessidade de expansão da base de apostadores;
- b. Preço: possibilidade de diminuição de preços com aumento imediato dos payouts (pelo menos em um primeiro momento) praticados em função da necessidade de aumento da base de apostadores.

**Fraquezas (*Weaknesses*):**

- a. Escala: baixo acesso à escala, em termos de arrecadação, e diminuição da eficiência operacional;
- b. Custos: possibilidade de ocorrência de maiores custos relativos em função da baixa arrecadação;

- c. Prêmios: possibilidade da distribuição de menores prêmios para permitir o equilíbrio econômico-financeiro da operação, dada a menor escala do operador;
- d. Fiscalização e regulamentação: maior dificuldade de regulamentação e fiscalização pela existência de muitos operadores;
- e. Arrecadação: menor arrecadação tributária em função das diminutas receitas auferidas, bem como redução dos repasses sociais a serem obtidos.

**Oportunidades (*Opportunities*):**

Dados e análise: possibilidade de levantamento e armazenamento de base de dados mais heterogênea para futuras análises de mercado, dadas as diferenças entre produtos, gestão e escala que existirão para os diversos operadores.

**Ameaças (*Threats*):**

- a. Inviabilidade: possibilidade da ocorrência de muitos pedidos de reequilíbrio contratual para manter a viabilidade econômico-financeira do negócio;
- b. Online: dificuldade de competição com jogos online pela falta de regulamentação e tributação apropriada;
- c. Externalidades: possibilidade de aumento de externalidades negativas pela necessidade de angariar novos apostadores, fazendo com que a base de apostadores, em termos relativos à população total que pode ser atendida num determinado território, aumente. Consideram-se externalidades negativas os problemas com o vício, por exemplo, afetando terceiros como a família do apostador. A necessidade de aumento da base de apostadores se faz para manter a viabilidade econômico-financeira do projeto;
- d. Criminalidade: maior possibilidade de existência de criminalidade, haja vista elevado número de operadores que precisariam ser fiscalizados. Considera-se criminalidade atividades envolvidas com lavagem de dinheiro, por exemplo.

### 3.5. Conclusão

Ante todo o exposto, é possível concluir que em qualquer cenário existem riscos, incertezas e vantagens. Contudo, considerando as fraquezas, forças, ameaças e oportunidades próprias de cada cenário, demonstra-se que o Cenário A (exploração com exclusividade) é o que apresenta o menor nível de



riscos e incertezas, possuindo vantagens no que diz respeito à própria prestação do serviço, regulação e benefícios econômicos e sociais.

## 4. Capítulo IV – Análise das vantagens e desvantagens para o Cenário A

### 4.1. Solidez do modelo jurídico para o cenário A, art. 16 da Lei 8.987

A Lei Federal 8.987/1995, art. 16, dispõe:

Art. 16. A outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5º desta Lei.

Ou seja, há uma ponderação do legislador favorável à competição e de múltiplos delegatários em uma permissão ou concessão de serviço público. Inclusive, todo o tema envolvendo a possibilidade de concorrência ou exclusividade em uma concessão de serviço público foi tema anteriormente explorado por este Estudo.

Mas como bem aponta Marçal Justen Filho, apesar de a ausência da exclusividade ser uma regra da Lei 8.987/1995, a imposição da exclusividade dependerá de impossibilidade ou inconveniente de desempenho do serviço público em regime de competição por motivos técnicos ou econômicos.<sup>111</sup>

O administrativista paranaense esclarece que motivos técnicos se caracterizam pela impossibilidade material para o desenvolvimento de uma mesma atividade por dois sujeitos autônomos e distintos. Por outro lado, os motivos econômicos pressupõem viabilidade técnica, porém, o problema reside na impossibilidade de obtenção de resultados econômicos para manter o desempenho da atividade por dois ou mais delegatários.<sup>112</sup>

Ou seja, satisfeitas as condições de inviabilidade técnica ou econômica, é possível afastar a regra constante do art. 16 da Lei 8.987/1995.

Contudo, a interpretação sobre o que é inviabilidade técnica ou econômica deve levar em consideração o próprio interesse público. É célebre a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello de que o regime jurídico de Direito Administrativo pressupõe a supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade do interesse público.<sup>113</sup>

Aqui, independentemente da vertente jurídica a ser seguida, é inegável que a modelagem de um projeto para a prestação de serviço público

<sup>111</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 40.

<sup>112</sup> *Idem*, p. 40.

<sup>113</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 34. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 36.





deve necessariamente levar em consideração a melhor forma de atender o interesse público e os direitos fundamentais.

Na hipótese ora em análise, foi amplamente demonstrado que existem riscos econômicos, jurídicos e sociais na hipótese do cenário B, isto é, a concessão de serviço público de loterias sem exclusividade. Apesar de poder ser materialmente possível constituir essa concessão sob um regime de competição, o Poder Concedente deve levar em consideração tais riscos.

Por outro lado, ao se analisar o Cenário A, grande parte dos riscos identificados são mitigados. Questões como disputa abusiva por consumidores, assimetria de informações (risco moral) e na qualidade do serviço, possível aumento de criminalidade e de incentivo ao vício, apenas passam a existir ou são agravadas em um regime de competição. Havendo um concessionário, que é o caso do Cenário A, esse cenário possível e incerto de riscos deixa de existir ou se torna bastante controlado, diminuto.

Além disso, nunca é demais ressaltar que os serviços lotéricos são uma novidade para grande parte dos estados, inclusive o Estado de São Paulo. Nesse sentido, diante de uma situação inédita, deve a Administração Pública agir com o máximo de cautela possível. Como se sabe, administrar é tutelar a coisa alheia<sup>114</sup> e não é compatível com o regime republicano agir com a falta de cautela e zelo ao tutelar o interesse público.

Nesse sentido, além dos riscos mitigados no cenário A, a concessão com exclusividade parece ser o modelo que permite o Poder Concedente melhor fiscalizar e regular o futuro concessionário e suas atividades. Uma regulação eficiente, inclusive, evita que o serviço público de loterias seja prestado de forma precária e sem as devidas amarras regulatórias, fomentando práticas de jogo responsável e afastando efeitos nefastos para a saúde pública, assim como questões internacionais de lavagem de dinheiro.

Por fim, cabe apontar que a concessão com exclusividade é um modelo que já tem sido utilizado com êxito em diversas concessões no âmbito do Estado de São Paulo. Por se tratar de um modelo já consolidado, fica comprovada a sua adequação para a futura delegação do serviço público de loterias.

Portanto, diante de todo o exposto, é indubitável que o modelo jurídico proposto para o Cenário A apresenta uma sólida fundamentação técnica, jurídica, econômica e social, de modo a atender plenamente o art. 16 da Lei 8.987/1995. Ou seja, toda a fundamentação constante do presente estudo comprova que existem motivos técnicos, econômicos e de interesse público que

---

<sup>114</sup> Ruy Cirne Lima aponta que a administração é a atividade daquele que não é senhor absoluto, demonstrando que a Administração Pública não cuida de um interesse que lhe pertence. O direito administrativo lida justamente com o interesse público (LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 7. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 37).

justificam a exclusividade na prestação do serviço, tal qual disposto no retro mencionado dispositivo legal.

Abaixo rememoraremos alguns dos principais pontos de escolha deste modelo.

#### 4.2. Identificação de eventuais ganhos de escala quanto aos investimentos investigados, tecnologia desenvolvida e pontos de distribuição (item 4.2, “k”, i, do Edital do PMI)

Conforme explorado anteriormente, os serviços lotéricos compõem atividade econômica na qual a literatura econômica<sup>115</sup> acredita haver fortes indicadores da presença de economias de escala e escopo, de modo que os custos marginais aparecem como decrescentes, uma característica determinante de monopólios naturais. Ainda, a mesma literatura demonstra indícios da existência de economias de escopo, situação em que a produção de diferentes produtos por uma única firma é mais eficiente, do ponto de vista dos custos, do que produzir estas mesmas mercadorias em diferentes firmas, uma outra característica determinante de monopólios naturais.

É natural que ganhos logísticos e de impressão de bilhetes sejam aproveitados pelo mesmo operador para trazer eficiência na prestação dos serviços lotéricos. O mesmo se diga da abordagem tecnológica de vendas, sobretudo com a superação do modelo físico de terminais de venda, passando-se para abordagem omini-canal, tal qual proposto nestes Estudos.

Em resumo, o estabelecimento de um cenário de concessão sem exclusividade pressupõe, portanto, que haja perdas do ponto de vista microeconômico, tendo em vista a possibilidade de diminuição do bem-estar. Tal pontuação se fundamenta no fato do segmento lotérico apresentar intensas falhas de mercado, especialmente ligadas a econômicas de escala e escopo. Nesse sentido, tal mercado apresentaria custos marginais decrescentes à medida que expande a sua base de arrecadação. Dados para as loterias estaduais dos Estados Unidos, bem como de diferentes países europeus, mostram empiricamente os benefícios do ganho de escala em termos de custos nesse segmento (VIREN, 2008)<sup>116</sup>.

<sup>115</sup> VIREN, Matti. The Economics of Scale and Scope in the Lottery Industry. In: FARREL, Lisa; FORREST, David; GRIFFITHS, Mark; PALDAM, Martin; SMITH, Sarah; VIREN, Matti (org.); WALKER, Ian. **Gaming in the New Market Environment**. [S.l.]: Palgrave MacMillan, 2008. p. 160-183.

<sup>116</sup> VIREN, Matti. The Economics of Scale and Scope in the Lottery Industry. In: FARREL, Lisa; FORREST, David; GRIFFITHS, Mark; PALDAM, Martin; SMITH, Sarah; VIREN, Matti (org.); WALKER, Ian. **Gaming in the New Market Environment**. [S.l.]: Palgrave MacMillan, 2008. p. 160-183.

Além disso, os modelos para estimação de demanda elaborados pela academia mostram a importância do custo-benefício no valor das apostas para atração da demanda potencial, de maneira que maiores *payouts* e prêmios tendem a fazer com que o interesse dos jogadores se eleve (GULLEY e SCOTT, 1993)<sup>117</sup> (WALKER e YOUNG, 2001)<sup>118</sup>. Nesse sentido, ganhos de escala são fundamentais para a operação de loterias, dado que a diminuição relativa dos custos da operação permite que maiores *payouts* e prêmios possam ser alocados aos apostadores, garantindo a viabilidade econômico-financeira do serviço.

Claro está, portanto, os ganhos de escala dos serviços lotéricos, justificando a adoção do modelo de delegação com exclusividade ora proposta, de forma a mitigar falhas de mercado e assegurar ganhos de competitividade aos serviços lotéricos paulistas em face dos concorrentes federais e dos sites internacionais.

#### 4.3. Avaliação quanto aos prejuízos da prestação por um fornecedor para mais de uma modalidade (item 4.2, “k”, ii, do Edital do PMI)

Entendem-se mitigados os riscos de eventual abuso de posição dominante decorrentes da operação exclusiva de um único delegatário dos serviços públicos de loteria estadual. E isso razão dos motivos abaixo sumarizados.

De início, a delegação exclusiva não permite o monopólio ou mesmo necessariamente acarreta a exploração abusiva dos serviços públicos lotéricos, visto que o operador paulista deverá necessariamente enfrentar concorrência do operador das loterias federais, atualmente sob formato da Caixa Econômica Federal, assim como de sites internacionais de apostas e dos concursos de títulos de capitalização. Estes concorrentes já detêm operação instalada e forte presença nacional, sobretudo as loterias federais que gozam da reputação e tradição da Caixa Econômica Federal e encontram larga rede de vendas (para além de gozarem dos ganhos de escala e escopo nacionais). Consequentemente, havendo tentativa de abuso dos direitos econômicos conferidos pela exclusividade, os apostadores/usuários poderão simplesmente migrar para os serviços federais, internacionais e/ou títulos de capitalização.

De outro giro, o mercado lotérico detém falhas de mercado que em verdade são mitigadas por meio da delegação exclusiva e a presença de forte regulação contratual. É o caso já tratado neste Estudo das assimetrias de informação e das externalidades negativas que potencialmente poderão advir da

<sup>117</sup> GULLEY, O.D.; SCOTT, F.A. The demand for wagering on state-operated lotto games. **National Tax Journal**, 1993. 13-22.

<sup>118</sup> WALKER, I.; YOUNG, J. Na economist's guide to lottery design. **The Economic Journal**, 2001. 700-722.

operação lotérica.

A regulação contratual, com acreditação e transparência nas atividades do operador servem de ferramentas para mitigar os riscos advindos da delegação com exclusividade para um único operador.

#### 4.4. Conclusão

Diante do exposto ao longo deste Estudo, entende-se que a adoção de regime de concessão com exclusividade é permitida pelo ordenamento jurídico brasileiro, notadamente pelo art. 16 da Lei nº 8.987, de 1995, havendo relevantes razões técnicas e econômicas para justificar a delegação exclusiva dos serviços de loteria paulista a um único operador, para atuar em todas as modalidades lotéricas em todo o território do Estado de São Paulo.

Abaixo sintetizamos as principais razões pela adoção de um regime concessório com exclusividade, certos de que restam atendidos os motivos técnicos e econômicos exigidos em lei para delegação exclusiva dos serviços lotéricos paulistas:

- a. Existem relevantes falhas de mercado na atividade lotérica (*i.e.* relevantes ganhos de escala e escopo, com tendências de monopólio natural; assimetria de informações; e externalidades negativas), cuja mitigação é fomentada pela delegação exclusiva dos serviços para um único operador, responsável por todas as modalidades lotéricas dentro do Estado de São Paulo;
- b. Também existe importante pressão competitiva no mercado lotérico, fazendo com que os serviços paulistas se vejam obrigados a competir com as loterias federais e com sites internacionais (sem mencionar os títulos de capitalização), o que exige a consolidação dos serviços para aferir segurança e competitividade às loterias paulistas, como ao mesmo tempo mitiga eventual abuso dos direitos econômicos conferidos ao operador exclusivo;
- c. O custo regulatório para fiscalização, acompanhamento, controle e regulação da prestação exclusiva parece ser sobremaneira mais baixo e racional do que aquele necessário para a gestão de múltiplos operadores lotéricos, permitindo adoção de regulação preponderantemente contratual para delegação de um único prestador, com sucessivas licitações para simular as condições de competição entre diferentes agentes econômicos; e



- d. O Brasil detém largo histórico de concessões de serviços públicos com exclusividade, podendo o Estado de São Paulo valer-se deste histórico para implantar os serviços lotéricos e reduzir os riscos advindos da exploração de um serviço que é verdadeira novidade no campo da delegação de serviços públicos brasileiros.

## 5. Capítulo V – Alocação de riscos

O objetivo da alocação de riscos é diminuir os impactos de sua ocorrência, sejam materiais ou econômicos, reduzindo as possibilidades ou a extensão dos impactos contratuais. Se devidamente alocado o risco, tende-se a reduzir sua ocorrência ou, se materializado, o seu conteúdo ser absorvido pela parte sem a consequente necessidade de revisão contratual, posto ter sido previamente concebido os meios de proteção ou ressarcimento possíveis.

O critério usualmente utilizado é o do conhecimento, ou seja, o risco deve ser absorvido por aquele que possuir o conhecimento mais aprofundado sobre seu conteúdo ou sobre como manejá-lo na hipótese de ocorrência, pois conseguirá reduzir seus efeitos sob o menor impacto material ou econômico. Desta perspectiva, surge a sentença usualmente utilizada: o risco tende a ser atribuído àquela parte de tem melhores condições de geri-lo. Parte-se da ideia de que se uma parte tem conhecimento sobre o risco terá melhores condições de geri-lo, reduzindo a probabilidade de ocorrência ou se materializado, terá melhores condições de gerir os impactos sobre o contrato.

Por vezes, o risco é de conhecimento comum, porém a absorção ou o mecanismo de proteção prévio à sua ocorrência é demasiado custoso, de sorte que o compartilhamento entre as partes é meio pertinente para sua alocação. Pode-se, assim, atribuir a certa parte parcela do risco que seja razoável a proteção, ao passo que se destina a outra parte que, mesmo sem possibilidade de melhor geri-lo, pela sua natureza ou posição (como no caso do Estado, que a despeito do risco ou da situação fática, terá o dever de continuar prestado o serviço), terá que suportá-lo ou absorver a consequência mais sensível, qual seja o término antecipado do contrato e a recontração.

É tarefa bastante complexa mapear os riscos, entender qual parte pode melhor geri-lo, alocá-los e, por fim, antever as consequências para a eventual ocorrência.

Conhecidos os riscos e o critério de alocação, surge outra questão: interessa mais ao contrato de concessão que os riscos se materializem ou interessa mais que eles não se materializem ou, se materializados, tenham seus impactos reduzidos? Basta pensar no exemplo anterior: o que está mais em linha com a segurança jurídica, que um contrato de concessão termine antes do prazo ou que ele seja feito para terminar apenas no prazo estabelecido? Certamente a segunda opção.





É por isso que se fala em mecanismos de “mitigação de riscos”. Não basta conhecer os riscos e alocá-los àquela parte que tem melhores condições de geri-lo. A materialização do risco deve ser reduzida ao máximo ou, se impossível, os impactos da materialização do risco, no contrato, devem ser os menores possíveis.

O método mais comum de mapeamento, distribuição e mitigação de riscos é o método da matriz de riscos. Através desse método, são organizados os riscos, as possíveis causas, a alocação deles e o impacto que eles podem desencadear e eventual mecanismo de mitigação.

Abaixo apresentamos o mapeamento realizado dos principais riscos do projeto de delegação dos serviços de loteria:

*[segue tabela na próxima página]*



Tabela 12 – Matriz dos Principais Riscos do Projeto de Loterias no Estado de São Paulo

1. RISCOS DE LICITAÇÃO							
Nº	Risco	Definição	Mitigação	Alocação	Impacto	Probabilidade	Cenários
			(Medidas, procedimentos ou mecanismos para minimizar o risco)	(Público, privado ou compartilhado)	(Alto, Baixo, Médio)	(Frequente, ocasional, remota ou improvável)	
1.1	Recusa do vencedor da licitação a assinar o contrato	Demora do procedimento de adjudicação e homologação do contrato em virtude da recusa do licitante vencedor em assinar o contrato, com consequente atraso das demais etapas da contratação.	Previsão no edital que exija a garantia de proposta.	Privado	Baixo	Remota	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo



1.2	Erros na proposta econômica	Constatação superveniente de erros ou omissões na proposta econômica	Definição no instrumento convocatório de que a proposta econômica é de exclusiva responsabilidade do licitante, e eventuais erros não serão suportados pelo Poder Concedente. Possibilitar à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo.	Privado	Alto, Médio ou Baixo (a depender do erro)	Remota	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo
-----	-----------------------------	--	---	---------	---	--------	--



1.3	Disponibilidade de recursos financeiros para o início da execução do contrato	Risco de não haver capital disponível no mercado, no montante e condições previstas, para o início da execução do contrato	Previsão no Edital e no Contrato de exigência de garantia de execução do contrato. Previsão no Edital de atestação técnica e econômico-financeira dos licitantes	Privado	Alto	Remota	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo
1.4	Vencedor da licitação não ser capaz de cumprir o contrato	Risco da Concessionária não conseguir cumprir suas obrigações contratuais ou se tornar insolvente ou não deter as credenciais financeiras indispensáveis para viabilizar o projeto	Previsão no edital de obrigação de atestação técnica e econômico-financeira dos licitantes. Previsão de garantia de execução do contrato. Previsão de penalidades e multas para o caso de descumprimento contratual. Previsão de	Privado	Alto (no cronograma e custo do projeto)	Remota	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo

*Procedimento de Manifestação de Interesse - PMI*  
*Edital de Chamamento Público N° 004/2021*



			indicadores de desempenho.  Regras contratuais para extinção antecipada do contrato na hipótese de falência da concessionária.				
--	--	--	---	--	--	--	--



2. RISCOS DE PROJETO							
Nº	Risco	Definição	Mitigação	Alocação	Impacto	Probabilidade	Cenários
			(Medidas, procedimentos ou mecanismos para minimizar o risco)	(Público, privado ou compartilhado)	(Alto, Baixo, Médio)	(Frequente, ocasional, remota ou improvável)	
2.1	<b>Alteração do conceito de anteprojeto a pedido do poder público</b>	Alteração das premissas da concessão	Previsão de cláusula contratual que garanta a revisão do contrato voltada à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato nesta hipótese, com base nos critérios fixados na proposta do licitante vencedor.	Público	Médio	Frequente	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo
2.2	<b>Erro nas informações e estimativas</b>	Equívoco na estimativa de custo e tempo da	Apresentação de garantia de execução do contrato.	Privado	Pequeno, Médio ou Alto (considerando % de ajuste)	Frequente	Cenário A e Cenário B considerando licitações para





		execução das tarefas	Encargos e penalidades da concessão para assegurar obrigações contratuais.  Indicadores de desempenho para estimular a boa prestação dos serviços, com acompanhamento da gestão contratual.  Caducidade da concessão.				outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo
--	--	----------------------	---	--	--	--	---



3. RISCOS DE IMPLANTAÇÃO							
Nº	Risco	Definição	Mitigação	Alocação	Impacto	Probabilidade	Cenários
			(Medidas, procedimentos ou mecanismos para minimizar o risco)	(Público, privado ou compartilhado)	(Alto, Baixo, Médio)	(Frequente, ocasional, remota ou improvável)	
3.1	<b>Licenças para funcionamento de PDVs</b>	Atraso ou impossibilidade na obtenção de licenças para funcionamento dos PDVs	Definição de penalidades contratuais por atraso. Previsão contratual do dever de o Poder Concedente auxiliar a Concessionária e envia os melhores esforços para a obtenção das licenças e autorizações	Compartilhado (obrigação de licenças para o privado, sendo responsabilidade e do poder Público os atrasos e/ou omissões governamentais)	Médio	Frequente	Cenário A e Cenário B considerando o licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo



			<p>necessárias.</p> <p>Alocação de responsabilidade e no Público quando o atraso decorrer da demora ou inércia do autoridades governamentais ou por não apresentação dos documentos necessários pelo Poder Público.</p> <p>Mecanismo de revisão contratual aproveitando-se de abatimento da outorga variável.</p> <p>Alocação de responsabilidade e no Privado caso a demora</p>				
--	--	--	--	--	--	--	--



			decorra de suas atribuições contratuais.				
3.2	<b>Problemas na gestão de PDVs de terceiros</b>	Ineficiências, responsabilidades e litígios envolvendo o funcionamento de PDVs de terceiros.	Alocação de risco em contrato. Cláusula de subcontratação habilitando a concessionária contratar terceiros e gerir livremente os PDVs	Privado	Médio	Frequente	Cenário A e Cenário B considerando o licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo
3.3	<b>Obtenção de licenças necessárias à colocação de publicidade exterior nas instalações dos Agentes</b>	Licenças necessárias à colocação de sinalética exterior em espaços comerciais / publicidade estática ou dinâmica no exterior dos estabelecimentos comerciais	Previsão contratual do dever de o Poder Concedente auxiliar a Concessionária e envia os melhores esforços para a obtenção das licenças e	Compartilhado (obrigação de licenças para o privado, sendo responsabilidade do poder Público os atrasos e/ou omissões governamentais)	Médio	Frequente	Cenário A e Cenário B considerando o licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de



			<p>autorizações necessárias.</p> <p>Alocação de responsabilidade e no Público quando o atraso decorrer da demora ou inércia do autoridades governamentais ou por não apresentação dos documentos necessários pelo Poder Público.</p> <p>Mecanismo de revisão contratual aproveitando-se de abatimento da outorga variável.</p> <p>Alocação de responsabilidade e no Privado,</p>				São Paulo
--	--	--	--	--	--	--	-----------



			salvo por atraso e/ou omissão de órgãos governamentais.				
3.4	<b>Roubos, furtos e/ou destruição de equipamentos</b>	Roubos/furtos/destruição dos equipamentos de suporte à atividade de jogos - terminais, impressoras - de materiais de promoção - sinalética interna e externa - dos boletins de jogo	Obrigatoriedade de seguro de equipamentos e materiais por parte dos Agentes.	Privado	Médio	Frequente	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo
3.5	<b>Seguranças dos colaboradores dos serviços de loteria (acidentes no trabalho de operação logística)</b>	Prejuízo causado por insegurança na execução das atividades dos serviços lotéricos	Obrigações de atendimento das normas de segurança do trabalho para todos os colaboradores envolvidos nos serviços lotéricos	Privado	Baixo	Remota	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de





			Existência de um plano de segurança em toda a área de atividade logística. Plano de seguros de acidentes de trabalho.				São Paulo
3.6	<b>Caso fortuito e força maior</b>	Eventos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, que retardam o prosseguimento e a conclusão das obras e intervenções.	Plano de seguros (riscos de engenharia). Previsão de eventual recomposição da equação econômico-financeira do contrato. Inserção de cláusula de revisão do contrato, caso exista impacto significativo no valor de receita	Compartilhado (casos seguráveis alocados ao privado, enquanto casos não seguráveis alocados ao poder público)	Baixo	Remota	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo



			definido				
3.7	<b>Manifestações Públicas, Greves ou movimentos sindicais/sociais gerais</b>	Realização de manifestações e/ou greves que atrasem ou impactem no desenvolvimento dos serviços lotéricos	Encargo para que a concessionária desenvolva campanhas de divulgação do Projeto com ênfase na contribuição que as receitas do jogo terão na criação de novas respostas sociais no Estado. Realização de campanha "de boas causas". Alocação de	Compartilhado	Médio	Frequente	Cenário A e Cenário B considerando o licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo



			risco ao Poder Concedente para contenção de manifestações que impactem na depredação de PDVs, bem como apontando sua responsabilidade e para greves de outros setores que impactem nas atividades dos serviços lotéricos				
3.8	<b>Atraso na aprovação de novos produtos</b>	Demora da validação / aprovação de novos produtos e/ou na validação de alterações que se queiram introduzir em jogos já existentes	Definição de procedimentos que priorizem a avaliação e decisão conjunta entre o Estado e o Privado.  Sugestão de aprovação tácita	Público	Médio	frequente	Cenário A e Cenário B considerando o licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no



			(não objeção), na hipótese de atraso do Poder Público em analisar proposta da concessionária.				Estado de São Paulo
3.9	<b>Alteração de diretrizes técnicas decisão poder concedente.</b>	Decisão do poder concedente que altere regras de concessão do jogo ao longo do período de concessão	Avaliar os impactos e adotar medidas para recomposição econômico-financeira do contrato.	Público	Alto, Médio ou Baixo (a depender das alterações)	Remota	Cenário A e Cenário B considerando o licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo
3.10	<b>Aumento extraordinário dos preços de insumos</b>	Risco de ocorrer um aumento extraordinário no preço dos insumos utilizados na produção dos jogos ou preço dos serviços necessários à sua distribuição e	Cláusula que atribua esse risco ao privado.	Privado	Alto	Remota	Cenário A e Cenário B considerando o licitações para outorga das concessões



		exploração, com impacto na rentabilidade do projeto					dos clusters de loteria no Estado de São Paulo
3.11	<b>Condições de Pandemia ou de confinamento</b>	Condições que obriguem ao confinamento das populações com necessidade de limitar o acesso aos locais de jogo da rede física	Alocação de risco ao Estado, com previsão de cláusula de reequilíbrio contratual.	Público	Alto	Remota	Cenário A e Cenário B considerando o licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo



4. RISCOS DE DEMANDA							
Nº	Risco	Definição	Mitigação	Alocação	Impacto	Probabilidade	Cenários
			(Medidas, procedimentos ou mecanismos para minimizar o risco)	(Público, privado ou compartilhado)	(Alto, Baixo, Médio)	(Frequente, ocasional, remota ou improvável)	
4.1	Risco de demanda	Demanda abaixo do projetado para o projeto, com menor número de apostas	<p>Alocação do risco ordinário de demanda à concessionária.</p> <p>Liberdade da concessionária em fixar o preço das apostas, bem como o <i>payout</i>.</p> <p>Fixação de banda de demanda para fix de apuração de responsabilidade e equilíbrio econômico-financeiro (serviços lotéricos não são serviços essenciais).</p>	<p>Compartilhado</p> <p>(Privado deverá suportar oscilações normais de demanda, dentro de banda de demanda, com o Poder Público responsabilizando-se por alterações acima da banda de demanda)</p>	Alto	Ocasional	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo



4.2	Novas concessões de âmbito Federal que correspondem a uma alteração das condições de mercado que são atualmente conhecidas	Existência de novas concessões de âmbito Federal que constituem concorrência em relação ao escopo do que se encontra atualmente definido	Previsão de cláusula de reequilíbrio econômico-financeiro para banda de demanda fixada originalmente. O cálculo do reequilíbrio deverá considerar perda de receitas e compensação de investimentos ociosos (desnecessários diante do novo cenário)  Cláusula de extinção antecipada da concessão em favor da concessionária.	Público	Alto	Remota	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo
4.3	Novos serviços lotéricos estaduais cuja atuação impacte diretamente na área de	Existência de novos serviços lotéricos estaduais que impactem nos serviços	Previsão de cláusula de reequilíbrio econômico-financeiro para banda de demanda	Público	Alto	Remota	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões





	concessão do projeto lotérico do estado de São Paulo	lotéricos do estado de São Paulo, por exemplo, por conta da área geográfica de atuação.	fixada originalmente.  Alocação de responsabilidade do Estado de São Paulo emvidar esforços para interferir junto dos demais Estados visando afastar conflitos federativos no âmbito das atividades lotéricas.  Cláusula de extinção antecipada da concessão em favor da concessionária para situações extremas.				dos clusters de loteria no Estado de São Paulo
--	--	---	--	--	--	--	--



5. RISCOS OPERACIONAIS							
N°	Risco	Definição	Mitigação	Alocação	Impacto	Probabilidade	Cenários
			(Medidas, procedimentos ou mecanismos para minimizar o risco)	(Público, privado ou compartilhado)	(Alto, Baixo, Médio)	(Frequente, ocasional, remota ou improvável)	
5.1	<b>Manutenção e modernização</b>	Custos de manutenção adicionais por estimativas incorretas do parceiro privado ou defeito latente na operacionalização do projeto.	Exigência de experiência prévia em manutenção de infraestrutura tecnológica e plataformas de jogo. Alocação de risco ao privado.	Privado	Médio	Remota	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo
5.2	<b>Custos trabalhistas</b>	Custos trabalhistas acima dos quantitativos estimados para o projeto	Alocação de risco ao parceiro privado. Cláusula de responsabilidade trabalhista dos parceiros da concessionária,	Privado	Baixo	Remota	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de



			p.ex. PDVs				loteria no Estado de São Paulo
5.3	<b>Queda na qualidade do serviço</b>	Gestão inadequada por parte da rede de Agentes, do provedor de tecnologia ou do provedor de serviço logístico	Definição de encargo para elaboração de plano de formação o contínuo destinado a todos os stakeholders envolvidos na operação. Encargo para criação de call center de atendimento com obrigatoriedade de definição de medidas de correção no que se refere às incidências de maior frequência ou impacto.	Privado	Médio	Remota	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo
5.4	<b>Paralisação da operação por</b>	Paralisação dos serviços em	Alocação de riscos ao Poder Público.	Compartilhado	Alto, Médio ou	Remota	Cenário A e Cenário B



	<b>motivos de caso fortuito ou força maior</b>	razão de fato imprevisível ou previsível mas de proporções imponderáveis.	Cláusula de reequilíbrio econômico-financeiro. Contratação de seguros.		Baixo ( a depender do caso fortuito)		considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo
5.5	<b>Perdas econômicas por jogos ilícitos</b>	Ineficiências ou perdas econômicas decorrentes de falhas de negligência, de inépcia ou de omissão na implantação de sistemas que eliminem o jogo ilegal e o jogo não regulamentado no Estado.	Obrigação do Poder Público em fiscalizar atividades ilícitas e de jogo não regulamentado, principalmente considerando os sites internacionais de apostas online, cuja atuação detém capacidade de alterar sensivelmente o cenário de concorrência (demanda) da concessão. Cláusula de reequilíbrio para	Público	Médio	Frequente	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo



			lidar com alterações de banda de demanda em face da atuação ilícita de jogos não regulamentados e/ou ilícios. Canal de denúncia ou a identificação de sistemas ilegais de apostas.				
5.6	<b>Falência do parceiro privado</b>	Risco de interrupção do contrato por decretação da falência do operador	Mecanismo de acompanhamento periódico da situação financeira do Privado pela entidade reguladora ou gestora do contrato. Procedimentos preventivos para intervenção na Concessionária antes de esta entrar em situação falimentar. Caducidade da	Privado	Alto	Improvável	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo



			concessão.				
5.7	<b>Atraso no início da operação.</b>	Atraso no início das operações decorrente de problemas de gerenciamento, atrasos nas entregas de equipamentos ou materiais, dificuldades no desalfandegamento	Definição de penalidades contratuais por atraso. Previsão contratual do dever de o Poder Concedente auxiliar a Concessionária e envidar os melhores esforços para a obtenção das licenças e autorizações necessárias. Alocação de responsabilidade no Público quando o atraso decorrer da demora ou inércia do autoridades governamentais ou por não apresentação dos	Compartilhado (responsabilidade privada com atribuição estatal na hipótese de atraso de terceiros, autoridades governamentais)	Alto	Ocasional	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo



			documentos necessários pelo Poder Público. Alocação de responsabilidade no Privado caso a demora decorra de suas atribuições contratuais.				
5.8	<b>Problemas no de sistema gestão ou operação.</b>	Ineficiências decorrentes de falhas operacionais ou problemas de gestão.	Continua fiscalização dos serviços. Exigência de qualificação técnica no edital. Penalidades por indicadores de desempenho insatisfatórios. Hipóteses de encampação ou caducidade do contrato.	Privado	Médio	Remota	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo
5.9	<b>Greve</b>	Greve de trabalhadores diversos que influencie a operação, mas	Se necessário, recomposição da equação econômico-financeira. Inserção	Público	Médio	Remota	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das





		não são funcionários da concessionária	de cláusula alocando o risco para o Poder Público. Suspender a avaliação do pelo QID.				concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo
5.10	<b>Greve</b>	Greve dos operadores dos serviços objeto da concessão.	Obrigação de contratação emergencial de funcionários temporários.	Privado	Médio	Remota	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo
5.11	<b>Ocorrência de furto, incêndio</b>	Ocorrência de furto, danos, incêndio na rede de agentes	Obrigar a seguro por parte dos Agentes, cobrindo todo o equipamento que seja propriedade do privado / concessionário - Contratação de seguros contra incêndio.	Privado	médio	Remota	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo



		Ocorrência de furto de jogo	Disponibilizar funcionalidade que possibilite a anulação de apostas que tenham sido furtadas	Privado	Baixo	Remota	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo
		Ocorrência de furto de material de jogo (logística)	Definição de stock de contingência que garanta a continuidade da operação	Privado	Baixo	Remota	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo



5.12	<b>Alteração da política de preço público</b>	Alteração do valor das apostas por imposição/determinação do Poder Público ou quaisquer órgãos de controle.	Previsão de cláusula expressa no contrato proibindo a interferência do Poder Concedente na definição do valor das apostas. Caso haja essa intervenção, o Contrato estará sujeito ao reequilíbrio econômico-financeiro, vez que o valor das apostas é variável de jogo para jogo, é definido conforme demanda e aceitação do mercado, podendo inclusive sofrer variações em datas festivas, sem que essas variações de preços públicos impliquem em	Público	Alto	Remoto	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo
------	---	---	--	---------	------	--------	--



			qualquer irregularidade, dada a especificidade do serviço público de exploração de loterias. Cláusula de extinção antecipada da concessão em favor da concessionária na hipótese de impacto relevante na receita decorrente das alterações promovidas pelo Poder Concedente na política de preços.				
5.13	<b>Interface com a rede de pagamentos e/ou com a rede pública de Internet</b>	Risco de paralização dos sistemas de pagamentos necessários à concretização de apostas e/ou recebimentos	Previsão de cláusula de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, caso o impacto coloque em	Privado	Médio	Remoto	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no



			causa a rentabilidade esperada.				Estado de São Paulo
		Risco de paralisação da rede pública de dados e/ou aumento substancial do valor a pagar pelo serviço de dados fixos ou móveis	Previsão de cláusula de recomposição do equilíbrio econômico- financeiro do contrato, caso o impacto coloque em causa a rentabilidade esperada.	Privado	Médio	Remoto	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo
5.14	<b>Alteração de legislação e normativos</b>	Elevação de custos operacionais decorrentes de alteração de legislação e atos normativos	Previsão de cláusula expressa no contrato permitindo o reequilíbrio econômico- financeiro	Público	Médio	Ocasional.	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo



5.15	<b>Erros na fase de teste</b>	Falhas ou erros no procedimento executivo ou em materiais/equipamentos empregados pela Concessionária, durante a fase de testes das instalações e/ou comissionamento dos sistemas.	Previsão de cláusula contratual que atribua toda e qualquer responsabilidade pela correta operação, ainda que na fase de testes à Concessionária.	Privado	Alto	Remoto	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo
5.16	<b>Publicação de nova legislação com impacto na rentabilidade estimada</b>	Concedente ou União criam novos padrões de desempenho relacionados a mudanças tecnológicas ou a adequações a padrões internacionais	Cláusula de revisão de equilíbrio econômico-financeiro ou do cronograma de investimentos. Prazo reduzido da concessão. Cláusula de extinção antecipada da concessão em	Público	Médio	Remota	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo



		não previstos originalmente no Contrato	favor da concessionária na hipótese de impacto substancial no plano de negócios.				
5.17	<b>Intervenção de órgãos controle.</b>	Ações promovidas pelo Ministério Público, Tribunal de Contas e outros órgãos de controle que possam interromper ou obstaculizar a concessão.	Previsão de cláusula de compartilhamento de risco, alocando ao privado penalidades ou intervenções decorrentes exclusivamente de sua atuação. Previsão de alocação de risco ao Poder Público em razão da decisão de modelagem, dos documentos de licitação ou do procedimento licitatório etc.	Compartilhado (com responsabilidade privada na sua atuação e responsabilidade do poder público em face de decisões ligadas ao processo de modelagem e/ou estruturação do projeto, ou mesmo em razão de ações das autoridades)	Alta	Remota	





6. RISCOS FINANCEIROS							
	Risco	Definição	Mitigação  (Medidas, procedimentos ou mecanismos para minimizar o risco)	Alocação  (Público, privado ou compartilhado)	Impacto  (Alto, Baixo, Médio)	Probabilidade  (Frequente, ocasional, remota ou improvável)	Cenários
6.1	<b>Risco de inflação</b>	A atualização dos valores de venda de cada um dos produtos é inferior ao valor da inflação	Alocação de risco ordinário no contrato ao privado, com fixação de banda para flutuação da inflação, atribuindo responsabilidade e ao Poder Público para reequilibrar o contrato de concessão	Compartilhado (o risco ordinário de variação de inflação deve recair sobre o privado, ficando o público responsável por alterações extraordinárias, acima de banda determinada, da inflação, afinal considera-se estar diante de serviço não essencial, cujo aumento desproporcional de inflação poderá gerar perda de demanda e impossibilidade de acompanhar aumento de preços para os produtos	Alto	Ocasional	Cenário A e Cenário B considerando o licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo



				lotéricos)			
6.2	<b>Risco da taxa de juros</b>	Alteração das taxas de juros durante a vigência do projeto poderá afetar a estrutura de custos do projeto	Alocação de risco ordinário no contrato ao privado, com fixação de banda para flutuação da taxa de juros, atribuindo responsabilidade e ao Poder Público para reequilibrar o contrato de concessão	Compartilhado (o risco ordinário de variação de inflação deve recair sobre o privado, ficando o público responsável por alterações extraordinárias, acima de banda determinada, da taxa de juros, afinal considera-se estar diante de serviço não essencial, cujo aumento desproporcional da taxa de juros poderá gerar perda de demanda e impossibilidade de acompanhar aumento de preços para os produtos lotéricos)	Alto	Ocasional	Cenário A e Cenário B considerando o licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo
6.3	<b>Risco de Indisponibilidade e de financiamento</b>	Falta de recursos próprios ou de terceiros para o desenvolvimento do projeto	Alocação de risco no contrato ao privado	Privado	Médio	Ocasional	Cenário A e Cenário B considerando o licitações para outorga



							das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo
6.4	<b>Risco de Refinanciamento</b>	Reestruturação financeira	Alocação de risco no contrato ao privado	Privado	Médio	Remota	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo
6.5	<b>Risco de inadimplência do parceiro privado junto às instituições financeiras</b>	Parceiro privado para de honrar os compromissos financeiros junto às instituições financeiras	Cláusula de <i>step-in right</i> , permitindo ao financiador substituir, sem autorização prévia do ente público, um novo operador de jogo.	Privado	Médio	Ocasional	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de



			Cláusula que assegure acesso dos financiadores ao controle da concessão para sua reestruturação.				São Paulo
--	--	--	--	--	--	--	-----------



7. RISCOS DE TÉRMINO ANTECIPADO							
	Risco	Definição	Mitigação (Medidas, procedimentos ou mecanismos para minimizar o risco)	Alocação (Público, privado ou compartilhado)	Impacto (Alto, Baixo, Médio)	Probabilidade (Frequente, ocasional, remota ou improvável)	Cenários
7.1	<b>Intervenção por descumprimento do contrato por parte do parceiro privado</b>	Intervenção na concessão em razão de descumprimento de condições contratuais pelo parceiro privado, gerando custos adicionais	<i>Completion Bond</i> . Fiscalização contínua. Procedimentos prévios à intervenção (advertências, período de cura e multas). Inclusão de cláusula de cura no contrato permitindo período de cura, com atuação da Concessionária para corrigir eventual inadimplemento previamente à	Público	Alto	Remota	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo



			aplicação de sanção.				
7.2	<b>Encampação</b>	Retomada unilateral do serviço pelo poder concedente, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e pagamento de indenização prévia.	Estabelecer critérios de reembolso de Valor Residual. Definição clara de outros itens indenizatórios: danos emergentes, lucros cessantes, desmobilização etc. Busca por solução amigável ou arbitral	Público	Alto	Remota	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo



7.3	<b>Caducidade</b>	Retomada do serviço por meio de decreto do Poder Concedente, sem indenização prévia, em razão da inexecução total ou reiterada inexecução parcial das obrigações do contrato pela concessionária.	Monitoramento e procedimentos para avaliação do desempenho operacional (Indicadores de desempenho) Possibilidade de ações prévias à caducidade (intervenção, multas). Previsão de solução arbitral. Inclusão de cláusula de cura no contrato permitindo a atuação da Concessionária previamente à aplicação de sanção.	Privado	Alto	Remota	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo
7.4	<b>Rescisão consensual</b>	Possibilidade de rescisão contratual por acordo entre	Crítérios e procedimentos para reembolso da	Compartilhado	Baixo	Remota	Cenário A e Cenário B considerando





		Poder Concedente e concessionária.	parcela dos investimentos não amortizados ou depreciados. Previsão de solução arbitral. Hipóteses expressamente regradas em contrato				licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo
7.5	<b>Anulação</b>	Anulação do contrato por falhas de naturezas diversas e insanáveis	<div>Critérios e procedimentos para reembolso da parcela dos investimentos não amortizados ou depreciados</div> <div>Previsão de cláusula arbitral</div>	Compartilhado	Alto	Remota	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo



8. JOGOS RESPONSÁVEIS							
	Risco	Definição	Mitigação	Alocação	Impacto	Probabilidade	Cenários
			(Medidas, procedimentos ou mecanismos para minimizar o risco)	(Público, privado ou compartilhado)	(Alto, Baixo, Médio)	(Frequente, ocasional, remota ou improvável)	
8.1	<b>Não Cumprimento das normas estabelecidas no âmbito do Jogo Responsável</b>	O conjunto de ações por parte da Concessionário e Governo Estadual para garantir altos padrões de literacia de jogo responsável	Encargos ao privado, inclusive para elaboração de plano de acompanhamento das práticas de jogo responsável e creditação. Penalidades. Indicadores de desempenho. Exigência de creditação pela concessionária.	Privado	Alto	Frequente	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo



8.2	<b>Existência de uma quantidade significativa de casos de dependência de jogo</b>	Capacidade dos principais intervenientes no processo de jogo captar e direcionar os casos problemáticos de dependência de jogo para locais com competência para o tratamento.	Comunicação permanente para práticas de jogo moderado e a possibilidade de autoexclusão dos jogadores. Linha telefónica aberta ao público para reportar situações de dependência. Formação e informação contínua sobre jogo responsável.	Privado	Alto	Frequente	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo
8.3	<b>Risco a imagem associado ao jogo por menores de idade ou de aumento da dependência do jogo pelos apostadores</b>	Risco da imagem associado ao incumprimento da regra que proíbe o jogo a menores, bem como do aumento da dependência do jogo pelos apostadores	Alocação de risco ao privado	Privado	Médio	Frequente	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo



9. LAVAGEM DE DINHEIRO							
	Risco	Definição	Mitigação (Medidas, procedimentos ou mecanismos para minimizar o risco)	Alocação (Público, privado ou compartilhado)	Impacto (Alto, Baixo, Médio)	Probabilidade (Frequente, ocasional, remota ou improvável)	Cenários
9.1	<b>Perigo de utilização das apostas em sistemas de lavagem de dinheiro</b>	Utilização da atividade do jogo na criação de sistemas de lavagem de dinheiro	<p>Aplicação da legislação existente no que se refere à identificação de pessoas identificadas como suspeitas, com definição de procedimento de avaliação prévia ao pagamento de prêmios.</p> <p>Definição e aplicação de indicadores que possibilitem a identificação de situações estatisticamente atípicas que indiquem a utilização do jogo em sistemas de lavagem de dinheiro</p> <p>Definição de responsável</p>	<p>Compartilhado (Poder Público fornece informações para evitar lavagem de dinheiro nas atividades lotéricas</p> <p>Privado Adota medidas de transparência e controle, com denúncia às autoridades)</p>	Alto	Remoto	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo



		<p>interno que, com autonomia de atuação, identifique e obrigue à implementação das medidas de monitorização e controle.</p> <p>Definição de procedimentos de comunicação ao Poder Público, garantindo a atuação em tempo adequado.</p> <p>Definição de plataforma de comunicação e partilha de informação com as autoridades.</p> <p>Programas de formação de Agentes e Colaboradores do Poder Concedente e da Concessionária e campanhas periódicas ao público nos pontos de venda, intranet e meios de comunicação. Constar no Programa e</p>				
--	--	--	--	--	--	--



			<p>Implementação da Concessionária os melhores referenciais internacionais em Política de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro.</p> <p>Formação contínua, com participação em seminários internacionais destinados à discussão do tema e à partilha de informação</p>				
--	--	--	--	--	--	--	--



10. FRAUDE A APOSTAS							
	Risco	Definição	Mitigação	Alocação	Impacto	Probabilidade	Cenários
			(Medidas, procedimentos ou mecanismos para minimizar o risco)	(Público, privado ou compartilhado)	(Alto, Baixo, Médio)	(Frequente, ocasional, remota ou improvável)	
10.1	Risco de fraude a apostas de eventos desportivos	Existência de situações de fraude a resultados para obtenção de benefícios	Definição de limites máximos de aposta por evento, por agência e por jogador	Compartilhado (limite proposto pelo privado e aceito pelo público)	Alto	remota	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo
			Definição e aplicação de indicadores que possibilitem a identificação de situações estatisticamente	Privado	Alto	remoto	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das





			atípicas que indiciem a utilização do jogo em sistemas de lavagem de dinheiro				concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo
			Definição de responsável interno que, com autonomia de atuação, identifique e obrigue à implementação das medidas de monitorização e controle	Privado	Alto	remoto	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo
			Definição de procedimentos de comunicação ao Poder Público, garantindo a atuação em tempo adequado	Compartilhado (fixado em contrato ou aprovado em comum acordo pelas partes)	Alto	remoto	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de



							São Paulo
			Definição de plataforma de comunicação e partilha de informação com as autoridades	Compartilhado (fixado em contrato ou aprovado em comum acordo pelas partes)	Alto	remoto	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo
			Programas de formação a Agentes e Colaboradores do Poder concedente e Concessionária e campanhas periódicas ao público nos pontos de venda, intranet e meios de comunicação. Constar no Programa e Implementação da Concessionária os melhores referenciais internacionais em	Privado	Alto	remoto	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo



			prevenção e combate ao Match Fixing				
			Definição de regulamentação adequada à prevenção e combate à viciação de resultados desportivos	Compartilhado (fixado em contrato ou aprovado em comum acordo pelas partes)	Alto	remoto	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo
			Formação contínua, com participação em seminários internacionais destinados à discussão do tema e à partilha de informação	Privado	Alto	remoto	Cenário A e Cenário B considerando licitações para outorga das concessões dos clusters de loteria no Estado de São Paulo



## 5.1. Principais Responsabilidades da Concessionária

Recomenda-se que conste no contrato e/ou no edital como responsabilidade da concessionária o seguinte:

- (i) Garantir condições financeiras para o pagamento do valor de outorga, para os investimentos iniciais e para a execução do contrato em sua integralidade;
- (ii) Garantir processo de recrutamento, seleção, treinamento específico voltado à ética e conduta de seus funcionários e colaboradores;
- (iii) Criação de área específica, com processos próprios para gerenciar o controle e a fiscalização de práticas fraudulentas e que permitam a lavagem de dinheiro;
- (iv) Estar preparado para promover mudanças no contrato, caso a legislação e/ou o Poder Concedente exija;
- (v) Obter as licenças e alvarás necessários para funcionamento;
- (vi) Obter as licenças necessárias para colocação de publicidade e marca da concessionária nos pontos de venda;
- (vii) Garantir a permanente atualização tecnológica das plataformas de jogos e equipamentos utilizados;
- (viii) Arcar, sempre que legalmente exigido, com os custos trabalhistas de trabalhadores próprios;
- (ix) Responsabilizar-se por garantir o cumprimento da proibição de jogos para menores de 18 anos;
- (x) Elaborar as estruturas relacionadas aos planos de premiação, necessária para algumas modalidades que serão operadas pela Concessionária;
- (xi) Manter, durante a execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação;
- (xii) Observar e cumprir a normativa aplicável, incluindo atos infr legais;
- (xiii) Receber, apurar e solucionar questionamentos por meio de serviço de atendimento ao consumidor;
- (xiv) Efetuar o pagamento dos prêmios;
- (xv) Permitir ao Poder Concedente o acesso irrestrito a sua plataforma operacional de jogos;



- (xvi) Ressarcir o Poder Concedente de todos os desembolsos decorrentes de determinações judiciais, de qualquer espécie, para satisfação de obrigações originalmente imputáveis à Concessionária;
- (xvii) Cumprir determinações legais quanto à legislação trabalhista, previdenciária, de segurança e medicina do trabalho, quanto aos seus empregados;
- (xviii) Informar autoridades sobre quaisquer atos ou fatos ilegais;
- (xix) Assegurar a privacidade e o tratamento adequado dos dados disponibilizados pelos usuários dos serviços, conforme a Lei Geral de Proteção de Dados;
- (xx) Informar imediatamente ao Poder Concedente quando for citada ou intimada de qualquer ação judicial ou procedimento administrativo que possa resultar em responsabilidade do Poder Concedente;
- (xxi) Realizar os repasses devidos ao Poder Concedente de forma pontual;
- (xxii) Informar ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF os dados dos apostadores premiados conforme legislação vigente;
- (xxiii) Criar uma área específica de prevenção de jogo excessivo e a implementação de regras de autoexclusão que possibilitem prevenir o aparecimento de situações de endividamento e jogo excessivo; e
- (xxiv) Apresentar ao Poder Concedente informações adicionais ou complementares que este venha a solicitar.

Quando comparamos o Cenário A e o Cenário B é importante que a concessionária entenda as respectivas limitações geográficas de sua atuação. No Cenário A, com exclusividade no Estado de São Paulo, a concessionária deverá adotar medidas para restringir a atuação dos serviços lotéricos dentro da circunscrição estadual, enquanto no Cenário B é necessário observar as limitações de cada *cluster* formado para prestação dos serviços delegados, resguardados os desafios de restrição geográfica dentro do Estado de São Paulo (p.ex. na delimitação de jogos online ou mesmo de deslocamento de apostadores em cidades vizinhas).

## 6. Capítulo VI – Principais diretrizes da Licitação e Contrato de Concessão (Cenários A e B, conforme o caso)

### 6.1. Licitação: aspectos gerais

#### 6.1.1. Forma

Conforme exposto nos capítulos anteriores, há razões técnicas, jurídicas e de interesse público que demonstram que o serviço público deverá ser concedido com exclusividade a um concessionário, sob o regime de concessão comum.

Dessa forma, a licitação deverá ocorrer em lote único, cujo vencedor será responsável pela totalidade dos serviços e investimentos objeto da concessão.

Na hipótese se adotar o cenário com competição, entende-se mais eficiente a realização de uma licitação única, com diferentes lotes para delegação dos *clusters* regionais.

#### 6.1.2. Modalidade e Processamento do Certame

A licitação deve ser na modalidade de concorrência, nos termos do artigo 2º, inciso III da Lei Federal nº 8.987/1995.<sup>119</sup>

Adicionalmente, recomenda-se que o processamento do leilão seja realizado por meio de inversão de fases, tal qual autorizado pelo art. 18-A da Lei nº 8.987/1995, permitindo que somente sejam analisados os documentos de habilitação do licitante vencedor, o que assegura celeridade e fluidez ao processo licitatório.

#### 6.1.3. Critério de julgamento

A escolha do parceiro privado não deve ser simplesmente pautada pelos tradicionais critérios de maior preço ou menor tarifa.

---

<sup>119</sup> III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegados pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

O mercado de loterias detém importantes externalidades que exigem a adoção de critérios mais criativos, sendo que a inovação do serviço público lotérico acrescenta elementos do risco de seleção adversa nos primeiros certames deste tipo de serviços.

Como resultado, recomenda-se a adoção de critério de maior oferta pela outorga da concessão combinada com a melhor técnica para selecionar aqueles operadores que melhor detém condições de entregar serviços lotéricos que efetivamente causem externalidades positivas e mitiguem os riscos econômicos advindos da atividade.

Este critério de julgamento é permitido pela legislação aplicável, estando previsto no art. 15, inc. VI da Lei nº 8.987, de 1995.

Para o projeto de concessão dos serviços públicos lotéricos propõe-se que o critério de preço seja dividido considerando a outorga fixa, a ser paga como condição de assinatura do contrato, e a outorga variável, a ser paga no decorrer da execução do contrato, inclusive como mecanismo de apoio para cálculo dos indicadores de desempenho (se alguns indicadores não forem atendidos o preço da outorga variável é maior do que se todos os indicadores são atendidos e o serviço é prestado adequadamente).

Mais do que a divisão das outorgas, o modelo proposto para as propostas de preço envolve a seguinte dinâmica<sup>120</sup>:

- I. Os licitantes apresentarão propostas considerando montante mínimo a ser pago como outorga fixa, cálculo de acordo com os cálculos econômico-financeiros, mas cuja possibilidade de acréscimo de valor está limitada a determinado limite (cap) de valores. Desta forma, permite-se a arrecadação imediata de montantes ao Estado na forma de outorga fixa, mas evita-se criar barreiras de entrada para agentes com menor potencial econômico.
- II. Alcançado o limite fixado para a outorga fixa, os interessados deverão apresentar propostas de preço sobre o percentual a ser pago como outorga variável, recolhido durante a execução do contrato, e calculado sobre a receita bruta da concessionária (*netwin*, na qual é descontado o valor de *payout*, tributos e repasses ao Estado de São Paulo). Com isso, busca-se fomentar lances responsáveis que busquem verdadeira parceria de lucros com o Estado.

---

<sup>120</sup> Dinâmica semelhante vem sendo adotada para os contratos de saneamento, buscando ponderar a apresentação de propostas para um único elemento de preço que possa desestabilizar a execução das concessões, pois pressupõe desembolso elevado logo no início do projeto. Para estes exemplos, permite-se propor preços mínimos tarifários até certo limite, após o qual os interessados devem apresentar lances para pagamento de outorga ao Poder Concedente. Isso faz com que os interessados não prejudiquem a arrecadação tarifária ao mesmo tempo que aumenta a capacidade de investimentos público nas áreas de saneamento não cobertas pelo contrato, valendo-se dos valores de outorga para viabilizar a universalização dos serviços.



- III. As melhores propostas, consideradas aquelas que apresentarem os maiores valores a serem pagos como outorga (combinação fixa e variável), obterão a maior pontuação no campo de preço para fins de julgamento no certame.

Relevante notar que o valor de outorga variável deve ter por base um indicador que não dependa do nível de gastos da operação, como por exemplo, o resultado líquido ou a margem de comercialização, visto que, sob este conceito, eventual alocação ineficiente de custos será repassada ao Estado. Como resultado, entende-se que a outorga variável deve ser definida com base num indicador que proteja o poder público de um aumento de insumos e/ou da deficiente gestão do privado. Por isso da previsão de que a base de cálculo da outorga variável seja o *netwin*, correspondente a receita apurada pela concessionária após o desconto de tributos, do *payout* e dos repasses ao Estado para investimentos em ações sociais.

Também é importante observar que os estudos econômico-financeiros sugerem que a propositura de um lance fixo de outorga mais baixo, com o pagamento de outorga variável ao longo da concessão detém o potencial de arrecadar maiores recursos ao Estado do que simplesmente exigir o pagamento antecipado da projeção de receitas da concessão na forma de outorga fixa.

Aliás, a ênfase na outorga variável, combinando seu pagamento com aquele devido com uma outorga fixa, permite vários benefícios ao Poder Público. Inicialmente, possibilita, como informado, maiores ganhos ao longo de toda a concessão, formando verdadeira parceria do Estado diante da exitosa atividade privada. Ademais, permite foco no mecanismo de indicadores de desempenho, cuja variação nos valores da concessão dependem do percentual que será repassado ao Estado como outorga variável. Também possibilita a criação de importante ferramenta para reequilibrar o contrato de concessão, servindo de ferramenta para que o Estado, aumentando ou abaixo o valor a ser repassado, recomponha o equilíbrio econômico-financeiro da avença concessória diante de algum evento imprevisível ou previsível, mas de consequências incalculáveis. Por fim, parece ser um ótimo mecanismo para lidar com o risco de seleção adversa, pois evita lances completamente irresponsáveis no pagamento inicial do contrato.

Ultrapassadas as vantagens de se adotar uma combinação de outorga fixa e variável para pontuação e julgamento do preço no certame, se faz necessário esclarecer agora os critérios técnicos propostos para pontuação da proposta técnica.

Aqui, de largada, cumpre observar a importância de se adotarem critérios para dois propósitos específicos: A uma, fomentar a entrega de externalidades positivas pelo próprio operador lotérico, buscando desenvolver programas sociais em apoio daqueles promovidos pelo Estado mediante o repasse de recursos obtidos na operação lotérica. Isto é, adicionalmente ao repasse dos valores lotéricos para investimento pelo Estado em programas sociais e para além dos valores pagos como outorga, entende-se fundamental que os operadores também destinem parte das suas receitas para investimentos em programas sociais dentro da área do Estado de São Paulo, auxiliando na construção da imagem responsável das loterias estaduais. A duas, permitir a seleção do melhor operador lotérico, que permita a execução de uma visão exequível e moderna das loterias estaduais, preparando os serviços paulistas para competição com as loterias federais e os sites de apostas internacionais.

Com estes objetivos em mente, reproduzimos abaixo Tabela 13, com resumo dos critérios técnicos recomendados para avaliação das propostas no âmbito do projeto, todos buscando selecionar os interessados com maior competência técnica para prestação dos serviços, assim como maior potencial de apresentar externalidades positivas no âmbito da prestação dos serviços de loteria.

*Tabela 13 – Critérios de Pontuação da Proposta Técnica*

Noção Geral de Critério de Pontuação	Justificativa	Pontuação Proposta
Proposta de intervenção social do operador lotérico junto de programas sociais próprios ou de terceiros qualificados legalmente como OS ou OSCIP para atuar no Estado de São Paulo, dentro das áreas de Saúde, Educação, Vulnerabilidade Social, Cultura e/ou Lazer.	Permitir que a concessionária colabore com a construção de imagem e solidez das loterias estaduais, fomentando externalidades positivas no campo social advindas do projeto.	40
Apresentação de elementos de inovação e transformação digital como fatores de melhoria contínua dos processos internos da operação de jogos lotéricos.	Garantir a revisão constante dos processos estabelecidos, identificando pontos de melhoria e de inovação necessários para as	10

	necessidades inerentes ao mercado de jogos lotéricos.	
Apresentação de cronograma operacional afim de garantir que até o final do primeiro ano de contrato, ao menos um jogo de cada modalidade lotérica aprovada será lançado.	Assegurar que o operador lotérico possui comprometimento em explorar o máximo possível do <i>market share</i> disponível no Estado de São Paulo. De forma a contribuir com maior arrecadação estatal.	20
Apresentação de cronograma operacional no qual comprometa-se em comercializar até 50% dos seus produtos por meio de canais físico e digital disponíveis.	Garantir que o operador lotérico crie uma estratégia de desenvolvimento dos canais físico e digital para a implementação do portfólio de jogos lotéricos proposto.	20
Elaboração de procedimentos logísticos em conformidade com as melhores práticas dos mercados lotéricos.	Garantir a gestão logística da rede de pontos de venda através de planejamento estratégico operacional de modo a evitar que não haja desabastecimento de todos os materiais necessários para a sustentabilidade da operação lotérica.	10
<b>Total</b>		<b>100</b>

Fonte: Consórcio SP Lotto

Uma vez pontuados os valores técnicos, dever-se-á qualificar os proponentes de acordo com suas notas.

Obtidos os valores decorrentes das propostas de preço (considerando outorga fixa e outorga variável), assim como das notas pontuadas



na proposta técnica (considerando os critérios estabelecidos acima), passa-se a ponderar a nota final das propostas, aplicando-se proporção de 50% para proposta de preço e 50% para proposta técnica.

Entende-se que tais percentuais encontram-se dentro dos limites fixados pela jurisprudência brasileira para ponderação de propostas de preço e propostas técnicas (limitados ao percentual de 30% para propostas de preço e 70% para propostas técnicas), observando aqui que a ponderação de 50%/50% é permitida pelo fato de que parte da proposta de preço seja referente a outorga variável que, como abordando anteriormente, servirá de termômetro para acompanhamento contratual, permitindo parceria entre o público e o privado.

#### 6.1.4. Participação no certame

Objetiva-se que maior número de interessados possível possa participar do processo de competitivo, viabilizando a obtenção da melhor proposta para a Administração Pública.

Com efeito, poderão participar do procedimento licitatório pessoas jurídicas nacionais, estrangeiras, isoladamente ou em Consórcio.

Aos proponentes estrangeiros, serão exigidos os mesmos documentos exigidos para os proponentes nacionais, porém, os estrangeiros deverão apresentar documentos legalizados pela representação consular brasileira ou com aposição de apostila nos termos da Convenção sobre a Eliminação da Exigência de Legalização de Documentos Públicos Estrangeiros, sendo que em qualquer hipótese os documentos deverão ser acompanhados da respectiva tradução juramentada para a Língua Portuguesa, realizada por tradutor juramentado matriculado em qualquer das Juntas Comerciais do Brasil.

Será autorizada a participação de interessados organizados sob consórcio, sem restrição do número de participantes.

Caso o Consórcio se sagra vencedor, poderá fazer com que cada consorciado seja solidariamente responsável no âmbito do contrato de concessão (atendendo ao disposto no art. 33, § 2º da Lei nº 8.666, de 1993), ou, alternativamente, constitua uma sociedade de propósito específico para celebração da avença, hipótese na qual as participações consorciadas deverão ser mantidas, obrigando-se os acionistas/cotistas a solidariamente cumprir com todas as obrigações do contrato de concessão.

Não poderão participar da Licitação as empresas:

- i. Sob regime ou estado de recuperação judicial ou extrajudicial, falência, insolvência, intervenção ou liquidação;
- ii. Que tenha sido declarado inidônea pela Administração Pública, inclusive por Tribunal de Contas, de qualquer esfera do governo;
- iii. Que esteja suspensa temporariamente de participar de licitação e/ou impedida de contratar com o Estado de São Paulo
- iv. Que tenha sido condenada, por sentença transitada em julgado, à pena de interdição de direitos devido à prática de crimes ambientais, conforme disciplinado no art. 10 da Lei nº 9.605/1998;
- v. Que esteja proibida de contratar com a Administração Pública em virtude de sanção restritiva de direito decorrente de infração administrativa ambiental, nos termos do art. 72, § 8º, inciso V, da Lei nº 9.605/1998;
- vi. Que tenha sido proibida de contratar com o Poder Público em razão de condenação por ato de improbidade administrativa, nos termos do artigo 12 da Lei nº 8.429/1992;
- vii. Que tenha sido incluída nos cadastros a que se referem os artigos 22 e 23 da Lei Federal nº 12.846/13;
- viii. Quando os titulares do controle direto ou indireto do interessado se enquadrem nas restrições acima;
- ix. Que seja integrante da Administração Pública direta ou indireta, de âmbito federal, estadual ou municipal;

As hipóteses de restrição da participação de interessados seguem as vedações legais, bem como as boas práticas para evitar conflitos de interesse e o beneficiamento de um proponente em detrimento de outro. Isto é, trata-se de restrições que acompanham determinação legal e que buscam maior isonomia entre os licitantes.

#### 6.1.5. Exigência editalícia para Combater Lavagem de Dinheiro

Como destacado ao longo deste Estudo, o setor de loterias detém o potencial de apresentar diversas externalidades negativas, dentre as quais destaca-se a ligação com atividades ilícitas, servindo de instrumento para lavagem de dinheiro.



Há necessidade garantir que as empresas concorrentes, quando isoladamente ou em consórcio, possuem sede no Brasil ou em Países que possuam acordos de troca de informação com o Brasil, ou ainda Países com os quais as autoridades paulistas possam intercambiar informações na hipótese de eventual investigação envolvendo o uso das loterias paulistas para lavagem de dinheiro.

Trata-se de questão bastante comum para o direito tributário brasileiro, para o qual se exige que o beneficiário final de uma isenção fiscal esteja localizado em países para os quais há tratado de troca de informações com as autoridades brasileiras. Deste modo, busca-se afastar a concessão de benefícios para estruturas de cometimento de ilícitos e de lavagem de dinheiro internacional.

Este requisito é essencial à definição dos processos de prevenção e combate à lavagem de dinheiro, devendo ser exigido em instrumento convocatório que, na situação de empresas estrangeiras ou com sócios estrangeiros no seu grupo econômico, seja comprovado, ou bem as empresas são de origem de Países que possuem tal acordo de troca de informação com as autoridades brasileiras, ou, alternativamente, as empresas estrangeiras (ou de origem societária estrangeira) terão de dar prova de que as autoridades dos países onde possuem as suas sedes se comprometem a disponibilizar tal informação, se e quando, forem contactados pelo Estado de São Paulo, ou pelo Governo Federal com tal propósito.

As boas empresas, aquelas que detém informações de suas atividades e das de seus acionistas, não terão problema em apresentar a documentação atestando sua transparência e controle. Já aquelas empresas com atividade ilícita terão maior dificuldade de participar no certame.

Aqui, novamente, não há qualquer vedação ilegal, ou medida que restrinja a competição de forma desmedida. Pelo contrário, exige-se medida que já é praticada no meio do Direito Brasileiro Tributário, exatamente para mitigar o risco de externalidades negativas no desenvolvimento dos serviços lotéricos. No cenário das licitações, tais documentos podem ser exigidos no âmbito da habilitação jurídica, exatamente para comprovar a regularidade jurídica das atividades dos interessados.



#### 6.1.6. Habilitação

Para fins de habilitação dos interessados a participar do certame, o Edital exigirá os seguintes documentos:

**a. Habilitação jurídica:**

- i. No caso de sociedade: ato Constitutivo em vigor, devidamente registrado no registro competente, com sua(s) respectiva(s) alteração(ões), ou a sua última consolidação, acompanhado do documento comprobatório de seus administradores com poderes para a prática de todos os atos pertinentes ao certame, devidamente registrado;
- ii. 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;
- iii. Se a Proponente estiver organizado na forma de Consórcio, deverá apresentar Compromisso de Constituição de Consórcio ou Compromisso de Constituição de SPE, acompanhado dos respectivos documentos societários das integrantes comprovando poderes dos signatários.

**b. Qualificação Econômico-Financeira e de Regularidade Fiscal e Trabalhista:**

- i. Cópia simples do cartão de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ;
- ii. No caso de Sociedade Empresária, Certidão Negativa de Pedido de Falência, Concordata e Recuperação Judicial e Extrajudicial expedida pelo Distribuidor Judicial da Comarca de onde a Proponente for sediado;
- iii. Certidão com relação dos Cartórios de Distribuição da Comarca da sede da Proponente, com data de, no máximo, 30 (trinta) dias anteriores à data de Entrega dos Documentos;
- iv. Caso a Proponente esteja em recuperação judicial ou extrajudicial, deverá ser comprovado o acolhimento do plano de recuperação judicial ou a homologação do plano de recuperação extrajudicial, conforme o caso.
- v. No caso de Sociedade Simples, certidão expedida pelo Distribuidor Judicial das Varas Cíveis da Comarca onde a sociedade está sediada, relativa à Execução Patrimonial;





- vi. Apresentação de balanço e demonstrações financeiras da empresa referente ao período anterior daquele de processamento da licitação, buscando atestar patrimônio líquido mínimo de percentual mínimo em face do montante estimado para pagamento da outorga fixa e dos investimentos (CAPEX) previstos para o desenvolvimento dos serviços lotéricos;
- vii. Certidão Negativa ou Positiva com efeito de Negativa Conjunta de Débitos Relativos a Tributos Federais e à Dívida Ativa da União;
- viii. Certidão Negativa ou Positiva com efeito de Negativa Conjunta de Débitos Relativos a Tributos Estaduais;
- ix. Certidão Negativa ou Positiva com efeito de Negativa Conjunta de Débitos Relativos a Tributos Mobiliários Municipais (não deve-se exigir regularidade de tributos imobiliários dado que isso não guarda relação com o serviço delegado);
- x. Certificado de Regularidade perante o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS;
- xi. Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT ou Certidão Positiva com mesmos efeitos da CNDT;

Por fim, com relação à qualificação técnica, recomendamos que seja incluída disposição no edital nesse sentido, buscando garantir que o futuro concessionário tenha a capacidade para poder executar e prestar o serviço público de loterias. Dessa forma, recomendamos a seguinte exigência para qualificação técnica:

“Comprovação de aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da LICITAÇÃO através da apresentação de atestados que comprovem que o LICITANTE tenha executado para órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal, no Brasil ou no exterior, ou ainda para empresas privadas, nos seguintes termos:

- (i) Comprovação objetiva de experiência do mercado Lotérico, demonstrando conhecimento em distribuição, criação, estocagem, desenvolvimento de planos de marketing e produção de programas televisivos de produtos lotéricos.
- (ii) Comprovação de atuação no mercado Lotérico nacional ou internacional, por meio de contratos ou instrumentos equivalentes

que comprovem essa experiência nas seguintes modalidades:

- a. loteria de prognósticos em sentido amplo;
- b. loteria de prognósticos esportivos;
- c. loteria de premiação instantânea;
- d. loteria esportiva, podendo envolver a quota fixa com temática esportiva.”

Convém observar que a exigência de atestação específica para participação da licitação não é inédita no *benchmark* brasileiro. A tentativa de concessão da LOTEX, estruturada pelo BNDES, detinha exigência de qualificação técnica na operação de serviços de loteria instantânea<sup>121</sup>. O Edital de delegação de serviços públicos lotéricos do Maranhão, embora passível de diversas críticas pela adoção do modelo de credenciamento (e outras mais em razão de disponíveis editalícias questionáveis), também prevê qualificação técnica operacional para que os interessados se habilitem a prestar os serviços lotéricos<sup>122</sup>.

Logo, não parece se tratar de exigência descabida ou mesmo inédita no cenário nacional. O requerimento de qualificação técnica operacional no âmbito da licitação servirá para selecionar operador experiente, que possa desenvolver serviços lotéricos com qualidade, assim como que saiba como competir com as loterias federais e apostas de sites internacionais.

Com a finalidade de fomentar a competitividade no certame e evitar restrições indevidas à participação de interessados, recomendamos incluir disposição que permita o aproveitamento de qualificação técnica em nome do grupo econômico e de empresas controladoras, controladas e coligadas.

---

<sup>121</sup> De acordo com o Edital da Lotex, a proponente deveria apresentar, para comprovação de sua qualificação técnica, os seguintes documentos: “Atestado em nome da Proponente individual ou, no caso de Consórcio, em nome de pelo menos um dos consorciados, 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). O valor de R\$ 560.000.000,00 (quinhentos e sessenta milhões de reais) deve ter sido arrecadado em período não superior a 12 (doze) meses corridos.”

<sup>122</sup> De acordo com o Edital do Estado do Maranhão, a qualificação técnica deverá ser comprovada por meio da apresentação dos seguintes documento: “Atestados de capacidade técnica em nome do interessado individual ou, no caso de consórcio, em nome de pelo menos um dos consorciados que comprove a comercialização de pelo menos uma das modalidades de jogos permitidas nesse Edital, no Brasil ou no exterior, com as seguintes características: a) Especificação de que a comercialização foi realizada em mais de um Município, Estado ou País, cujo somatório das populações seja superior a 2 milhões de habitantes; b) Que o operador possui ou possuiu, no mínimo, 100 (cem) pontos de venda físicos ou 100.000 (cem mil) clientes ativos cadastrados em base de dados própria do operador; c) A responsabilidade do operador em pagar todos os prêmios”

#### 6.1.7. Garantia da proposta

O Edital exigirá a apresentação de Garantia de Proposta em caução em dinheiro, títulos da dívida pública federal, seguro-garantia ou fiança bancária, no valor correspondente ao percentual de até 1% do preço mínimo do leilão, tal qual autorizado pelo art. 31, inc. III da Lei nº 8.666, de 1993.

A garantia oferecida deverá ter prazo mínimo de 180 dias a contar da data para apresentação dos envelopes dos Proponentes.

No caso de participação em Consórcio, será admitida a apresentação de garantia por somente uma integrante do Consórcio, ou aporte em conjunto por duas ou mais integrantes.

A exigência de garantia de proposta é necessária para assegurar compromisso dos interessados participantes do certame.

#### 6.1.8. Condições de Assinatura do Contrato de Concessão

Entende-se que como condições de assinatura do contrato de concessão, o instrumento editalício deverá exigir as seguintes providências, a serem realizadas dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, prorrogáveis conforme autorizado pelo Poder Concedente:

- I. Prova de constituição da Sociedade de Propósito Específico – SPE (concessionária), na forma de sociedade por ações, com a correspondente certidão do registro empresarial competente, bem como o respectivo comprovante de inscrição perante o Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, sendo que, na hipótese de Proponente individual, a demonstração de ser a SPE uma subsidiária integral, na forma da Lei de Sociedade por Ações;
- II. Descrição da estrutura acionária e de gestão para a SPE, contendo:
  - a) descrição dos tipos de ações;
  - b) acionistas e suas respectivas participações por tipo de ação;
  - c) indicação da composição societária da Concessionária, conforme aplicável, e de suas Controladoras;
  - d) acordos de acionistas da SPE, quando aplicável; e
  - e) identificação dos principais administradores, incluindo seus respectivos currículos.



- III. Comprovação de subscrição e integralização do capital social da SPE, observado valor mínimo a ser estipulado na modelagem;
- IV. Comprovação de pagamento, pela SPE ou dos seus acionistas, em favor do Poder Concedente, do valor de Outorga Fixa, nos termos da Proposta Vencedora. O pagamento da Outorga Variável seguirá as regras previstas no Contrato de Concessão; e
- V. Garantia de Execução do Contrato, nos termos da Minuta do Contrato.

## 6.2. Contrato de concessão: aspectos gerais

Com base nos estudos realizados, seguem as Diretrizes Gerais do futuro contrato de concessão.

### 6.2.1. Do objeto a ser concedido

Será objeto da Concessão, a operação integral da loteria do Estado de São Paulo, conforme as modalidades de jogos e apostas previstas na Legislação Federal, incluindo o desenvolvimento um sistema *turn-key* que permita investimentos massivos pelo concessionário, com reflexos positivos em toda cadeia produtiva, estabelecendo modelos consagrados e/ou inéditos de oferta e comercialização de jogos lotéricos, através de tecnologias e que atendam ao seguinte:

Executar, com exclusividade, todas as atividades necessárias, incluindo os serviços de criação de produtos lotéricos (jogos), impressão dos bilhetes, estocagem, distribuição e comercialização dos produtos de loteria de prognósticos, de loteria instantânea e dos prognósticos esportivos, inclusive daqueles por meio de quota fixa, seja em meio físico e/ou multi-meios (digital etc), bem como o pagamento dos prêmios e a elaboração, propositura, orientação e execução de campanhas publicitárias voltadas para o aprimoramento do serviço público em foco.

O modelo de negócios deverá, obrigatoriamente, contar com tecnologias modernas de serviços via WEB e mobile.

Na hipótese do cenário com competição, o objeto contratual será igualmente tratado como o definido acima, com a única divergência de estar subordinado nos *clusters* determinados para prestação dos serviços, caso se opte pela alternativa de divisão geográfica.

### 6.2.2. Subcontratação e Gestão de PDVs

O Contrato deverá prever tratamento de subcontratação, permitindo livre gestão da concessionária para subcontratar apoio logístico, pontos de venda (“PDVs”) e agentes lotéricos individuais, em linha com o art. 25 da Lei nº 8.987/1995, que dispõe ser facultado que *“a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes”*.

É claro que a concessionária, ao subcontratar terceiros (ou mesmo alugar espaços para os PDVs), deverá permanecer responsável pela qualidade dos serviços, arcando pelos custos gerados pelos seus agentes e colaboradores.

Trata-se de importante previsão contratual, autorizando prática rotineira de mercados semelhantes (rede de farmácias, p.ex.), e que inclusive é adotada pela Caixa Econômica Federal na forma das suas permissões lotéricas para franqueados e/ou distribuidores de bilhetes.

Isso, todavia, não permite a subcontratação integral do objeto do contrato, que ao fim e ao cabo consistiria na transferência da concessão sem a devida anuência prévia do Poder Concedente, levando a caducidade da avença.

Ademais, também não se pode afastar a necessidade de serem aplicadas regras e normas de boas práticas para transação com partes relacionadas, permitindo que a concessionária contrate seus acionistas ou empresas relacionadas, mas sob padrões de transparência e observando condições normais de mercado para evitar fraudes.

### 6.2.3. Prazo de vigência

O prazo de vigência do contrato de concessão, neste modelo, foi definido em 20 (vinte) anos, podendo ser prorrogada por igual período.

O prazo foi definido a partir de indicações objetivas do estudo econômico-financeiro à luz do critério de sua compatibilidade com os investimentos demandados e a previsão de receitas, conforme estudo econômico que integra a presente análise.

### 6.2.4. Política de Preço Público

Na Constituição de 1967, o artigo 167 exigia a fixação de tarifas que permitissem ao concessionário a justa remuneração do capital, o



melhoramento e a expansão dos serviços e assegurassem o equilíbrio econômico e financeiro.

De modo diverso, a atual Constituição, no artigo 175, parágrafo único, inciso III, deixou ao legislador infraconstitucional a definição e a determinação dos princípios a orientarem a “política tarifária” e a escolha entre as possíveis opções no tocante à regulação dos preços.

Assim, enquanto na Constituição anterior era a tarifa que assegurava o equilíbrio econômico, de acordo com a atual Constituição nada impede que a lei adote critério diverso, possibilitando, por exemplo, a fixação de tarifas mais acessíveis ao usuário (preço político) e compensando, por outra forma, o concessionário para manter hígido o equilíbrio econômico-financeiro firmado no contrato, ou mesmo a **fixação de tarifas de acordo com preços de mercado**, sem, no entanto, abusar economicamente dos usuários.

Inúmeros são os objetivos que podem vir a ser perseguidos por meio da instituição de uma política tarifária.

Concretamente, verifica-se que a Lei 8.987/1995 introduziu uma série de preceitos que podem representar, por si só, o fundamento de validade de medidas administrativas em matéria tarifária.

Dentre eles destaca-se o princípio da modicidade tarifária (art. 6º, § 1º e art. 11) que, de certa forma, é um corolário da generalidade, pois sua observância propicia o amplo acesso de todos que tenham necessidade do serviço.

Observa CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO<sup>123</sup> que as tarifas não têm, nem poderiam ter, de modo algum, natureza contratual, imutável. *“O contratual - e que, por isso, não pode ser unilateralmente modificado pelo Poder Público - é o valor resultante do equilíbrio econômico-financeiro, de que a tarifa é uma expressão, entre outras”*.

Atento a esses princípios e considerando a importância da política tarifária para o sucesso do projeto aqui estudado, tem-se que numa concessão que envolve em seu objeto a implantação e operação de loterias, que é um serviço público *sui generis*, em razão de sua característica predominante de atividade econômica, **o preço das apostas serão reguladas pelo valor de mercado**, mormente considerando a existência de uma concorrência consolidada há anos, que é a loteria federal, operada pela Caixa Econômica Federal, ou mesmo a concorrência dos sites internacionais de apostas.

Importante destacar que todo o objeto da concessão, que envolve não somente a implantação do primeiro serviço de loteria no Estado de São Paulo,

<sup>123</sup> Curso de direito administrativo, p. 737.



bem como sua exploração de forma pioneira, será implantado e operado com recursos estritamente privados, com risco atribuído diretamente à concessionária.

Desse modo, incabível e inviável a intervenção do Poder Concedente na política tarifária (preço público) da presente concessão, seja porque o preço das apostas não se caracteriza como uma tarifa propriamente dita, seja porque o preço das apostas deve ser, por premissa, regulado pelo mercado para tornar a atividade lotérica viável comercialmente.

Importante ressaltar que não é razoável admitir que qualquer concessionária elevará os preços das apostas, de modo a ferir o princípio da modicidade tarifária, prescrito no art. 6º, § 1º e art. 11 da Lei de Concessões.

Isso porque, como dito, o presente serviço público não é necessário e indispensável à vida dos cidadãos, não se trata de serviço essencial. Além disso, a concessionária já iniciará sua operação com um grande concorrente já instalado e consolidado na região (loterias federais). Diante disso, a elevação do preço das apostas pela concessionária de forma exacerbada, diminuirá a comercialização de jogos e inviabilizará economicamente a concessão, o que certamente não é o interesse de qualquer concessionária, pois esse risco é alocado em grande parte à concessionária.

Por isso, a matriz de riscos aponta que qualquer intervenção do Poder Concedente no valor das apostas, poderá afetar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão o que demandará sua recomposição.

Diante disso, o preço das apostas será estabelecido pela Concessionária, conforme o valor de mercado, de modo a conferir viabilidade à Concessão.

Embora o art. 9º, caput, da Lei de Concessões estabeleça que a tarifa “*será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação*”, deve-se ter em vista que há hipóteses onde, dependendo do critério adotado para julgamento da licitação, as propostas não versem sobre valor de tarifa, tal como consta do artigo 15 da Lei nº 8.987/95, que estabeleceu sete critérios distintos de julgamento.

Via de consequência, se o critério não for o de menor tarifa, fica para o licitante apenas a definição do valor da oferta pela outorga da concessão e/ou da proposta técnica, conforme o caso, devendo o Poder Concedente predefinir o valor da tarifa no edital, em se tratando de serviço público comum, ou ser definido conforme valor de mercado, no caso de serviços *sui generis*, como é o caso de loterias, que assemelha-se a atividade econômica e onde sequer podemos conceituar o preço das apostas como tarifa (tratando-se em verdade de





um preço público específico).

Assim, no presente caso a concessão será remunerada mediante o pagamento do Preço pelos Apostadores, pelas apostas físicas ou virtuais, bem como por meio de outras fontes de receitas acessórias, nos termos da minuta do Contrato, onde os preços serão definidos pela concessionária, conforme valor de mercado, cabendo à concessionária o pagamento de outorga ao Poder Concedente.

#### 6.2.5. Receitas acessórias

Nos termos do art. 11 da Lei 8.987/1995, é permitido às concessionárias de serviço público explorar receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas de favores a modicidade das tarifas.

Os estudos operacionais sinalizam para o potencial de utilizar alguns pontos de venda como vetores para propaganda e comercialização de outros produtos que sejam estritamente ligados aos serviços lotéricos.

Adicionalmente, o início deste documento ressalta a possibilidade de se comercializar os dados anonimizados colhidos no âmbito da operação lotérica.

Todas estas potenciais linhas de receitas acessórias contudo não foram passíveis de precificação para, *ab initio*, compor o modelo econômico-financeiro do projeto ora proposto.

Por outro lado, isso não quer dizer que o Poder Concedente deve vedar quaisquer das oportunidades de exploração de receitas acessórias no âmbito dos serviços lotéricos. Pelo contrário, entende-se importante que esteja autorizado em contrato a possibilidade de exploração deste tipo de receita, exigindo o compartilhamento de ganhos entre o público e o privado, de forma a aumentar as externalidades positivas advindas dos serviços lotéricos.

Fundamental que nestes casos seja estudado o compartilhamento das receitas, evitando a exigência de percentual de compartilhamento demasiadamente elevado, o qual poderá inviabilizar os projetos acessórios e/ou complementares.

A título de referência, os últimos editais de Parceria Público-Privada no mercado de iluminação pública, promovidos pela Caixa Econômica Federal, com apoio do Fundo de Estruturação de Projetos de Concessão e PPPs

(FEP), determinando percentual de compartilhamento de até 5% das receitas advindas da exploração de receitas acessórias. Afinal, objetiva-se fomentar empreendimentos de cidades inteligentes mais do que simplesmente compartilhar lucros de receitas acessórias das PPPs.

#### 6.2.6. Reversão de bens

A princípio, não será necessário, no âmbito da concessão ora objeto de estudos, bens reversíveis e/ou bens vinculados à Concessão, cabendo à Concessionária adquirir/gerir/alienar livremente os ativos que entender necessários à execução do respectivo escopo. Sendo assim, quando do término do prazo contratual, não haverá necessariamente reversão de bens ao Poder Concedente.

Por outro lado, sem prejuízo do exposto, será possível que a Concessionária reverta ao Poder Concedente os projetos, planos, documentos, base de dados, base de clientes e histórico de Emissões, tendo em vista que são considerados (i) bens incorpóreos; (ii) são cedidos obrigatoriamente cedidos gratuitamente e em regime de exclusividade ao Poder Concedente; e (iii) são essenciais à continuidade do serviço.

Especificamente com relação ao parágrafo anterior, haverá obrigação de que, quando do término do contrato, a concessionária cederá ao Poder Concedente, gratuitamente, todos os projetos, planos, documentos, base de dados, base de clientes e histórico de Emissões que se revelem necessários a execução dos serviços lotéricos paulistas, e que tenham sido especificamente adquiridos ou elaborados no desenvolvimento das atividades integradas na concessão pela concessionária ou por seus subcontratados, competindo à concessionária adotar todas as medidas necessárias para este fim.

Trata-se medida específica, voltada para continuidade dos serviços públicos lotéricos.

Política semelhante foi adotada na concessão da LOTEX, bem como no edital dos serviços lotéricos do Estado do Maranhão.

#### 6.2.7. Requisito de certificação do concessionário - boas práticas de mercado

Nos termos do Edital de Chamamento Público, apresenta-se abaixo as creditações que se entende importantes e viáveis para obtenção pelo concessionário dos serviços lotéricos paulistas:



Certificações - Licitação SP			
Certificação	Descrição	Objetivo	Prazo para certificação
ISO 27001	Norma certificável que atesta que sua empresa cumpre os requisitos do <i>International Organization for Standardization</i> (ISO) para gestão da segurança da informação. Seu conteúdo descreve o que é necessário para a implementação de um robusto Sistema de Gestão de Segurança da Informação (SGSI).	O objetivo da norma é criar um modelo padronizado para estabelecer, implementar, operar, monitorar, analisar criticamente, manter e melhorar os sistemas e processos de segurança da informação de uma empresa.	Até 5 anos a partir da entrada de operação dos serviços lotéricos
WLA	A WLA ( <i>World Lottery Association</i> – Associação Mundial de Loterias), propõe estruturas de gestão e dissemina as melhores práticas para orientar as organizações em diferentes áreas de conhecimento (gestão de riscos e segurança, marketing e	Objetivo é regular e verificar que as empresas certificadas possuem as melhores práticas relacionadas a jogo responsável.	Até 5 anos a partir da entrada de operação dos serviços lotéricos



	responsabilidade social corporativa) e, ainda certifica e reconhece as organizações que seguem suas diretrizes estruturadas para o Jogo Responsável. Quanto maior o nível, maior o grau de excelência da organização.		
ISO 37301	Norma certificável que atesta que sua empresa cumpre os requisitos do <i>International Organization for Standardization</i> (ISO) para Sistemas de Gestão de Compliance (SGC) e normatiza os sistemas de gestão de <i>compliance</i> em organizações públicas e privadas.	A certificação tem por objetivo assistir as organizações a desenvolver e disseminar uma cultura positiva de <i>compliance</i> , considerando uma gestão de riscos relacionados ao <i>compliance</i> sólida e eficaz seja considerada como uma oportunidade a perseguir e adotar, devido aos vários benefícios que ela provê para a organização. A certificação é adequada para	Até 5 anos a partir da entrada de operação dos serviços lotéricos



		<p>melhorar os requisitos relacionados com <i>compliance</i> em outros sistemas de gestão e para assistir uma organização na melhoria da gestão global de todas as suas obrigações de <i>compliance</i>. Necessária para fortalecer a governança da concessionária e afastar risco de lavagem de dinheiro, mitigando externalidade negativa.</p>	
ISO 37001	<p>Norma internacional desenvolvida para ajudar organizações a implementar um Sistema de Gestão Antissuborno (SGAS). Ela especifica uma série de medidas que sua organização pode implementar para</p>	<p>A certificação tem por objetivo apoiar as organizações a combater o suborno, a partir de uma cultura de integridade, transparência e conformidade com as leis vigentes, com o auxílio de requisitos,</p>	<p>Até 5 anos a partir da entrada de operação dos serviços lotéricos</p>

	ajudar a prevenir, detectar e abordar suborno.	políticas, procedimentos e controles adequados para lidar com os riscos de suborno. Necessária para fortalecer a governança da concessionária e afastar risco de lavagem de dinheiro, mitigando externalidade negativa.	
--	--	---	--

*Fonte: Consórcio SP Lotto.*

Considerando as creditações referidas acima fazem referência a operação da concessionária, entende-se que o prazo para sua obtenção deve considerar o período de até 5 (cinco) anos a partir do início de operação dos serviços, permitindo a concessionária realizar testes e ajustar rotinas de operação para demonstrar o atendimento da creditação.

Desta forma, a concessionária terá até o primeiro quarto da concessão para assegurar sua creditação e demonstrar altos padrões de governança para serviços inovadores no Estado de São Paulo.

#### 6.2.8. **Reequilíbrio Econômico-Financeiro para Alterações Supervenientes nas condições de competição**

Conforme abordado anteriormente, um dos maiores riscos do projeto advém do exercício da competência legislativa pela União, assim como por eventuais interpretações das normas gerais que sejam realizadas pelos demais estados brasileiros.

Como resultado, entende-se importante que o contrato de concessão preveja mecanismo de reequilíbrio contratual para a hipótese do

advento de qualquer alteração legislativa ou interpretação estadual que impacte diretamente na demanda dos serviços lotéricos estaduais.

Aqui, entendemos que a parte com maior conhecimento do risco e possibilidade de tratá-lo é o Estado de São Paulo, de forma que o risco deve ser claramente alocado ao Poder Concedente na minuta contratual.

Como forma de mitigar o risco sob análise, entende-se pertinente fixar banda de demanda sobre a qual, havendo alteração legislativa e/ou comportamento competitivo diverso do ordinário advindo de nova legislação ou de interpretação normativa, o Poder Concedente deverá se responsabilizar pelos impactos econômico-financeiros que se comprovarem na execução dos serviços lotéricos.

Adotando-se a dinâmica sugerida de outorga variável, é possível que o reequilíbrio contratual seja implementado por meio de ajustes nos pagamentos periódicos da outorga, de forma célere e eficiente para manter a equação contratual.

Na hipótese de a alteração legislativa ou a prática de terceiros (fato do príncipe) alterarem drasticamente as condições dos serviços lotéricos do Estado de São Paulo, com variação expressiva da demanda dos serviços, entende-se importante outorgar a possibilidade de a concessionária terminar o contrato, adotando-se clausulado abaixo:

*Cláusula XPTO.* Na hipótese de advento de alteração legislativa federal ou de atuação de outras autoridades (fato do príncipe) que comprovadamente impacte na projeção de demanda dos serviços lotéricos em até [\*] %, fica configurada hipótese de rescisão amigável do presente instrumento concessório, restando autorizado à Delegatária, para todos os fins de Direito, suspender imediatamente quaisquer atos e investimentos nos Serviços, também estando autorizado à Delegatária elaborar, a seu exclusivo critério, Plano de Devolução Contingente, para a rescisão antecipada da Delegação, que será integralmente retomada pelo Poder Concedente, no prazo de 90 (noventa) dias, contados da data de protocolo do Plano de Devolução Contingente Junto do Poder Concedente, sem aplicação de qualquer penalidade de parte a parte.

Nesta hipótese, os investimentos realizados em custos afundados deverão ser ressarcidos pelo Poder Concedente à concessionária, em face do



término antecipado da concessão. Busca-se, com isso, evitar o enriquecimento sem causa de uma parte em detrimento da outra.

#### 6.2.9. Reequilíbrio Econômico-Financeiro decorrente dos serviços lotéricos não serem serviços essenciais

Como observado, os serviços lotéricos não são serviços essenciais, como seriam por exemplo o fornecimento de energia elétrica e o abastecimento de água. Como resultado, eventual aumento extraordinário de preços (inflação) ou mesmo das condições de financiamento do mercado (taxas de juros) não serão incorporados pelos preços lotéricos, mesmo na hipótese de a concessionária deter liberdade de fixação dos preços das apostas e do pagamento dos *payouts*. O aumento dos preços e redução dos *payouts* para endereçar alterações extraordinárias das condições macroeconômicas não irá acompanhar completamente as mudanças de mercado, levando os serviços lotéricos a um desequilíbrio econômico-financeiro.

Entende-se, portanto, que o risco deverá ser compartilhado entre o parceiro privado e o poder público. Ao privado caberá alterações ordinárias do cenário macroeconômico, limitado a determinado patamar. Acima deste patamar, o risco deverá ser arcado pelo Poder Público, com reequilíbrio do contrato de concessão para manutenção saudável dos serviços lotéricos estaduais.

Aqui, igualmente ao risco de alteração legislativa anterior, havendo elevado grau de deteriorização das condições macroeconômicas, poder-se-á prever cláusula de extinção antecipada da avença concessória, nos termos abaixo:

*Cláusula XPTO.* Na hipótese de advento de alteração extraordinária das condições macroeconômicas da concessão, com elevação da inflação e das taxas de juros acima do patamar de [\*] %, fica configurada hipótese de rescisão amigável do presente instrumento concessório, restando autorizado à Delegatária, para todos os fins de Direito, suspender imediatamente quaisquer atos e investimentos nos Serviços, também estando autorizado à Delegatária elaborar, a seu exclusivo critério, Plano de Devolução Contingente, para a rescisão antecipada da Delegação, que será integralmente retomada pelo Poder Concedente, no prazo de 90 (noventa) dias, contados da data de protocolo do Plano de Devolução Contingente Junto do Poder Concedente, sem aplicação de qualquer penalidade de parte a parte.

Nesta hipótese, os investimentos realizados em custos afundados deverão ser ressarcidos pelo Poder Concedente à concessionária, em face do término antecipado da concessão. Busca-se, com isso, evitar o enriquecimento sem causa de uma parte em detrimento da outra.

#### 6.2.10. Extinção antecipada amigável da concessão

Nos moldes descritos acima, para além das tradicionais hipóteses de extinção contratual com encampação, advento do termo contratual e caducidade, o contrato ainda deverá prever situações de término antecipado amigável, previamente definidos nas cláusulas contratuais.

É o caso, por exemplo, das duas hipóteses extremas de impacto na execução contratual causadas por mudanças legislativas e/ou deteriorização das condições econômicas no país.

Nestas situações, dever-se-á facultar a concessionária a proceder antecipadamente com o término da relação contratual concessória, mediante apresentação de plano de devolução e ajuste para pagamento de indenizações devidas pelos investimentos realizados e que serão desnecessários com o fim da concessão.

As situações de extinção amigável já foram detalhadas ao longo deste Estudo.

#### 6.2.11. Solução de Controvérsias

Entende-se pertinente manter a cláusula padrão que o Governo do Estado de São Paulo utiliza em seus projetos de concessão, com possibilidade de se adotar período de cura para fins de celebração de acordo entre as partes, eventualmente prever *dispute board*, assim como possibilitar arbitragem ou o ter acesso ao Poder Judiciário, conforme trecho abaixo transcrito:

As PARTES se comprometem a buscar solução amigável para qualquer controvérsia surgida ao longo da execução deste CONTRATO.

As PARTES se reunirão, dentro de 10 (dez) dias úteis contados da notificação de qualquer uma das PARTES à outra, estabelecendo a controvérsia, com vistas a solucioná-la.

Fica dispensada a exigência de prévia reunião nos casos urgentes em que haja risco de perecimento do direito ou de agravamento da situação.



Caso a reunião não ocorra ou as PARTES não cheguem a um consenso em até 10 (dez) dias úteis após a realização da reunião, qualquer uma delas poderá propor ação judicial perante o Foro da Comarca da Capital ou solicitar instauração de procedimento arbitral, nos termos da Lei Federal nº 9.307/1996 e do Decreto Estadual nº 64.356/2019.

As PARTES poderão submeter à arbitragem somente controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis relacionadas com a interpretação ou execução deste CONTRATO, assim definidos pelo artigo 18, §4º, da Lei Estadual 16.933/2019.

Qualquer das PARTES poderá optar por submeter a apreciação da controvérsia à via arbitral ou judicial, não podendo a outra PARTE invocar a cláusula compromissória para obstar essa escolha.

A opção do método de solução de disputas prevista na subcláusula acima é definitiva e irretratável, a partir do protocolo do pedido perante o Poder Judiciário ou da apresentação do requerimento de arbitragem perante a câmara selecionada para administrar o procedimento, devendo seguir a mesma via todos os demais litígios que com ele guardem relação de conexão ou continência.

instauração do procedimento arbitral não desonera as partes de cumprirem suas obrigações contratuais.

A PARTE que requerer a instauração do procedimento arbitral deverá indicar, no momento da apresentação de seu pleito, a câmara responsável pela administração do litígio, que deverá ser selecionada dentre aquelas cadastradas pelo Estado de São Paulo para solução de litígios envolvendo a Administração Direta e suas autarquias.

Na hipótese de não haver câmara arbitral cadastrada pelo Estado de São Paulo, a escolha será feita pela PARTE que requerer a instauração do procedimento arbitral, com base nos seguintes critérios:

- I. apresentar espaço disponível para realização de audiências e serviços de secretariado, sem custo adicional às partes, na cidade de São Paulo;
- II. estar regularmente constituída há, pelo menos, cinco anos;
- III. atender aos requisitos legais para recebimento de pagamento pela Administração Pública do Estado de São Paulo;
- IV. possuir reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais com a ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

O procedimento arbitral observará o Regulamento da Câmara de Arbitragem adotada, bem como o disposto na Lei Federal nº 9.307/1996 e subseqüentes alterações, assim como as disposições constantes deste CONTRATO. [...]

### 6.3. Detalhamento de informações para o Caderno de Encargos da Concessão e/ou formulação da Proposta Técnica

Com base nos estudos realizados, seguem as Diretrizes Gerais do caderno de encargos da concessão lotérica.

#### 6.3.1. Do objeto a ser concedido Requisito de integração de sistema de informação de todos os produtos lotéricos

Com o objetivo de garantir a gestão unificada de toda a operação, a solução tecnológica de suporte aos jogos sociais deve apresentar uma elevada capacidade e agilidade de integração com os diferentes sistemas de informação de cada jogo integrado no portfólio. Neste sentido, tendo em consideração as exigências qualitativas e de celeridade de implementação do negócio, recomenda-se que a plataforma seja um serviço sustentado em nuvem (**Cloud based**) e que a necessária integração dos vários sistemas de informação seja efetuada por intermédio de Interface de Programação de Aplicativos (API sigla vem do inglês **Application Programming Interface**) que é um conjunto de aplicativos que permitem estabelecer uma relação com um software para a utilização das suas funcionalidades, sem a necessidade de desenvolvimentos demorados ou complexos.

A metodologia de integração através de API's (Interface de Programação de Aplicativos) torna possível a interface entre o Ponto de Venda e os aplicativos de jogo em qualquer dispositivo, incluindo terminal de varejista, telefone celular, computador ou terminal de autosserviço.

O sistema operativo deve assegurar a capacidade de integração por intermédio de API's com os sistemas de interface frontal (sistemas de registro de apostas em varejo, aplicativos móveis e web), bem como com os sistemas de suporte (Redes B2B de parceiros de varejo, Processadores de Pagamento e Sistemas de Oferta de Jogo de Parceiros).

Desta forma, a utilização de API's deve permitir implementar uma

tecnologia integrada que cumpra com os princípios técnicos de arquitetura, garantindo a integridade das transferências de informação, alta disponibilidade, resiliência, capacidade evolutiva e conectividade completa, assegurando uma capacidade de implementação em curto-prazo.

Adicionalmente, o sistema deve possibilitar integração contínua dos sistemas computacionais de jogo, provenientes de várias fontes, assegurando a implementação e operação dos jogos lotéricos definidos para o início do projeto de exploração do negócio, mas também a capacidade de integrar novas potenciais ofertas a serem definidas no futuro.

#### 6.3.2. Do objeto a ser concedido Requisitos e funcionalidades dos sistemas do concessionário

A arquitetura e o respectivo software do sistema operativo devem assegurar os requisitos de disponibilização das seguintes funcionalidades:

- a. Suporte à exploração dos jogos - assegurando a gestão da rede de Pontos de Venda, bem como a realização de atividades de acompanhamento e monitoramento dos sistemas, análise e resolução de problemas, o acompanhamento de sorteios e entradas em produção e a otimização e automatização de processos;
- b. Suporte e manutenção dos aplicativos - realização de atividades de manutenção, subdivididas em corretiva, preventiva e evolutiva que garantam o normal funcionamento, alteração e evolução dos aplicativos;
- c. Gestão dos usuários e das suas contas de registro e processo de autenticação - a capacidade de identificação dos apostadores de forma ágil, é essencial para garantir o rápido registro de apostas e do processamento dos prêmios. Este requisito faculta ainda a tarefa de monitoramento do comportamento dos apostadores no âmbito do Jogo Responsável, permitindo introduzir medidas de regulação responsáveis, como imposição de limites de apostas ou de autoexclusão, de acordo com os indicadores pré-definidos;
- d. Gestão de conta e da validação das transações financeiras em caso de apostadores premiados;
- e. Gestão da comunicação com o apostador utilizando vários canais de comunicação como e-mail, notificações móveis e notificações no portal web;
- f. Administração de sistemas e base de dados;

- g. Gestão de base de dados;
- h. Formação e know-how técnico e funcional.

#### 6.3.3. Requisito de distribuição de portfólio dos produtos lotéricos

O sistema tecnológico tenderá a assegurar a capacidade de disponibilização de todos os jogos aos apostadores, de forma integrada e através dos Pontos de Vendas físicos, de aplicativo móvel e de website.

Enquanto funcionalidades mínimas, e com vistas à capacidade adequada de definição de jogos, processos logísticos e processos de experiências de venda configuráveis, devem proporcionar à operação um elevado nível de flexibilidade e evolução.

O sistema operativo deve permitir a distribuição de jogo online, de modo a garantir a criação de um registro/conta de cliente e a criação de uma conta para colocar apostas e receber os seus prêmios pagos eletronicamente quando os resultados são processados.

O sistema deve permitir a distribuição de jogo em Pontos de Venda físicos, assegurando, preferencialmente, o registro dos clientes através do seu número de celular, permitindo a utilização opcional de SMS/WhatsApp para confirmar o registro e o pagamento de apostas, a notificação de premiações e o pagamento de apostas, como alternativa à utilização do método de impressão de recibos em papel.

O sistema deve também assegurar a capacidade de fornecer a gestão da cadeia de distribuição de Jogos, cobrindo o processo desde a recepção das fábricas de impressão até aos Pontos de Venda, a ativação da unidade de cartões no momento da confirmação de venda com o objetivo de reduzir o risco de fraude e o pagamento dos prêmios através da validação dos cartões vencedores e assim melhorar a experiência do apostador.

#### 6.3.4. Requisitos de escala e de integração

O sistema deve apresentar uma elevada capacidade de crescimento, de modo a assegurar a integração com um grande número de pontos de venda e de lidar com uma grande base de dados de apostadores registrados: a capacidade de crescimento deve permitir o suporte operacional de dezenas de milhares de pontos de venda e dezenas de milhares de apostadores, em simultâneo.

#### 6.3.5. Requisito de *business intelligence*

O sistema operativo deve disponibilizar um módulo de *Business Intelligence* que possibilite a melhor gestão do negócio, de forma a garantir uma presença competitiva e responsável no mercado, através de uma avaliação sustentada da informação com a criação de **dashboards** (painéis de indicadores) de decisão e de relatórios que garantam um monitoramento eficaz e eficiente do negócio.

#### 6.3.6. Requisito de segurança

O sistema operativo deve assegurar a capacidade de atender aos requisitos mais rigorosos, com monitoramento de 24 horas por dia, 7 dias por semana, para ajudar a garantir a confidencialidade, a integridade e a disponibilidade dos dados.

Todos os dados que integram a rede operativa devem ser criptografados automaticamente. A estratégia de segurança dos centros de dados deve obedecer a controles de segurança e várias camadas de defesa sucessivas e adaptáveis que garantam a proteção dos dados, incluindo a gestão de barreiras físicas, tecnologia de detecção de ameaças e de triagem detalhada no acesso aos centros de dados, assim como gestão de backups (cópias de segurança) dos sistemas.

Da mesma forma, esta solução deve garantir a conformidade com a **Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil (LGPD)** em matéria de proteção de dados pessoais, assegurando o controle sobre classificação, criptografia, gerenciamento de acesso e credenciais de segurança.

#### 6.3.7. Requisito de desempenho

Em termos de desempenho, a solução tecnológica deve proporcionar um nível de excelência, garantindo a alta qualidade geral da rede. Em matéria de crescimento, a solução tecnológica deve possuir um caráter extremamente flexível, garantindo a capacidade suficiente para ajustar instantaneamente a resposta às necessidades de negócios existentes sempre no nível mais alto de atividade, o que também permite a redução de custos e a melhoria da capacidade do cliente de atender às demandas de seus usuários.

A solução deve ter a capacidade de assegurar até um grande número de pontos de venda e de lidar com uma grande base de dados de



apostadores registrados.

#### 6.3.8. Requisito de sistemas de suporte à operação

O sistema operativo deve assegurar a implantação dos mecanismos de pagamento necessários para o bom funcionamento das transações financeiras e todas as vertentes relacionadas com a validação e pagamento de prêmios. Deverão ser definidas as parcerias necessárias e mais ajustadas para assegurar os métodos de pagamento mais ágeis, a gestão financeira e nível de abertura para integrações tecnológicas (nível de evolução tecnológica) e outros meios possíveis de transação financeira entre apostador e operadora de jogo, preferencialmente sem recorrer a intermediários que não os bancários.

Desta forma, entende-se como mandatário apresentar parcerias com entidades brasileiras e globais, de modo a garantir o desenvolvimento e a implementação do sistema operativo com maior potencial de sucesso. Neste sentido, devem ser apresentadas parcerias com instituições bancárias, para garantir a flexibilização das transferências de dinheiro entre os apostadores e os operadores de jogo, possibilitando a agilização dos processos de carregamento do saldo e de pagamento de prêmios.

Do mesmo modo, pode a concessionária optar pela criação de uma rede de distribuição própria ou pode estabelecer parcerias com redes de distribuição logística locais, com o propósito de assegurar os pontos de venda de jogo físico, permitindo alargar o âmbito dos jogos oferecidos e também aumentar a notoriedade do jogo social.

#### 6.3.9. Diretrizes para Bilhetes

A partir de demandas da Concessionária, confeccionar bilhetes físicos de jogos de prognósticos e/ou com premiação instantânea, com as seguintes características técnicas:

##### **a. Identificação de bilhetes**

Nos jogos comercializados pela Concessionária o sistema de identificação (visual) dos prêmios nos bilhetes consiste, basicamente, no estilo 3x6 (três em seis), contudo poderão ser desenvolvidos jogos, cujas mecânicas poderão ser apresentadas em sede de projeto pela concessionária ao Poder



Concedente.

Independente do sistema de identificação escolhido para cada jogo, a Concessionária deverá provar sua capacidade de expressar os valores destinados a premiação por extenso, no todo ou em parte.

Poderão ser propostas ao Poder Público novas tecnologias de impressão e de distribuição, bem como novos formatos de produtos, desde que preservadas todas as características necessárias à inviolabilidade e segurança dos bilhetes, sejam eles físicos ou não. Em quaisquer dos casos, e sempre que possível, a identidade visual dos bilhetes deverá ser mantida (*layout*), como meio de facilitar a identificação por parte dos consumidores/apostadores.

O sistema de aprovação das novas formas de impressão e de distribuição, assim como de novos formatos de produtos, deverá se dar por sistema de “não objeção”, segundo o qual o Poder Concedente deterá até 5 cinco dias para aprovar a proposta da concessionária. Não havendo manifestação do Poder Concedente, considerar-se-á aprovada a dinâmica proposta pela concessionária, haja vista a liberdade do investidor privado em gerir os serviços lotéricos.

Com esta metodologia de “não objeção” não só será possível garantir a gestão privada eficiente dos serviços, como também evitar conflitos contratuais decorrentes dos atrasos de órgãos públicos.

Não por outra razão, as demais características dos bilhetes e loterias serão definidos pela concessionária mediante apresentação de plano de jogos ao Poder Concedente.

**b. Segurança dos bilhetes, no processo de confecção contra tentativa de fraudes e de adulteração**

- I. Todos os equipamentos destinados à fabricação dos bilhetes deverão ser configurados para que o processo industrial seja automatizado, de forma que não ocorra o manuseio de bilhetes durante a impressão dos dados variáveis e suas respectivas coberturas de segurança.
- II. Nenhum bilhete poderá conter qualquer identificação que permita, através de suas características físicas ou visuais, a escolha de bilhetes premiados ou apresente qualquer tendência ou deficiência na distribuição dos prêmios dentro do universo de bilhetes, que possibilite o conhecimento ou suposição da ocorrência de prêmios antes da remoção da área raspável

e/ou de sua abertura.

- III. Os bilhetes deverão oferecer total segurança contra técnicas de fraudes, tais como: Transparência/Fosforescência; Processo Magnético; Processos Químicos; Raios-X; Delaminação; Sobreposição de Caracteres e/ou qualquer outra técnica do conhecimento da Concessionária, que possa ser utilizada para quebrar a sigilo dos bilhetes ou permita sua adulteração.

A Concessionária deverá apresentar, sempre que solicitado pelo Poder Concedente, laudo técnico fornecido por instituição idônea, atestando a segurança e inviolabilidade dos bilhetes. Todo o papel de acerto de máquina e quaisquer excedentes de produção deverão ser destruídos em fragmentadora de papel localizada no recinto da produção. Os registros de destruição devem ser mantidos.

Os equipamentos envolvidos na fabricação dos bilhetes devem seguir normas e controles rígidos a fim de evitar visualização ou marcação dos bilhetes.

Nenhum bilhete poderá conter qualquer identificação que permita a localização de bilhetes premiados antes da raspagem/abertura do mesmo pelo consumidor.

A totalidade de bilhetes impressos deverá obedecer fielmente aos parâmetros estabelecidos para a programação, não devendo apresentar qualquer deficiência na distribuição dos prêmios estabelecidos no plano de premiação, obrigando-se a Concessionária a permitir, a qualquer tempo, a realização de auditoria pela Concedente na distribuição dos prêmios.

A Concessionária deverá possuir em suas dependências, ou na dependência dos seus fornecedores, laboratório de análises químicas e de qualidade, o qual monitora e atesta toda a produção, possuindo apontamentos que possam comprovar e rastrear problemas durante o processo produtivo.

#### 6.3.10. Das diretrizes para os serviços de comercialização e vendas

Os serviços e sistemas de Comercialização e Vendas são responsáveis por instrumentalizar e operacionalizar os recursos de distribuição e comercialização dos jogos ofertados, e pela administração das formas de pagamento utilizadas pelos apostadores, seja ela por meio eletrônico através de **gateway** de pagamento ou boletos, ou por meio físico, através de dinheiro ou terminais (POS) de crédito ou débito, ou por outro qualquer meio que possa vir a



ser disponibilizado, desde que garantidas as condições de segurança.

Caberá ao Concessionário a comercialização de créditos virtuais para posterior aposta em jogos ofertados de forma virtual. Desta maneira, deverá propiciar serviços de comercialização dos créditos virtuais, estes vendidos à vista em espécie (\$) ou por meio de POS de vendas de crédito/débito, diretamente aos apostadores/jogadores, com as seguintes características e especificações mínimas:

- a. Deverá, tão e somente, permitir a comercialização de créditos virtuais previamente adquiridos junto à Concessionária;
- b. Deverá recolher o CPF do apostador, no ato da venda de créditos virtuais;
- c. Nos casos em que o apostador tiver cadastro na Loteria, deverá, automaticamente e em tempo real, creditar os créditos na carteira virtual do apostador;
- d. Nos casos em que o apostador não tiver cadastro na Loteria, deverá ser criado o pré-cadastro, assim como sua carteira virtual, que por sua vez deverá receber automaticamente e em tempo real os créditos adquiridos na carteira virtual;
- e. Deverá gerar recibo, com chave de segurança, que por sua vez poderá ser impresso ou enviado via SMS ou WhatsApp para o apostador;
- f. Este serviço deverá estar disponível em aplicativos para equipamentos móveis tipo *smartphones*, POS, tablets e em *browser* para acesso via computadores conectados à internet.

Serviços de comercialização de créditos virtuais por meio eletrônico utilizando-se de *gateway* de pagamento, este que deverá propiciar serviços de comercialização dos créditos virtuais, previamente adquiridos pelos apostadores conectados à internet, utilizando-se de aplicativos em equipamentos móveis ou browsers em computadores utilizando-se de *gateway* de pagamento, também deverão contar com as seguintes características e especificações mínimas:

- a. A solução de *gateway* de pagamentos a ser adotada pela Concessionária deverá integrar com empresas subadquirentes, adquirentes e bandeiras de cartão devidamente credenciadas no Banco Central;
- b. Os custos fixos e variáveis relativas à contratação das empresas de *gateway*



de pagamentos serão de inteira responsabilidade da Licitante;

- c. Deverão ser capturadas e armazenadas, minimamente as seguintes informações das transações realizadas na compra de créditos virtuais:
  - I. Nome Completo do apostador;
  - II. CPF;
  - III. Tipo de transação;
  - IV. Valor da transação; e
  - V. Data e hora da transação.
- d. Deverá, automaticamente e em tempo real, creditar os créditos na carteira virtual do apostador;
- e. Este serviço deverá estar disponível em aplicativos para equipamentos móveis tipo *smartphones*, POS, *tablets* e em *browser* para acesso via computadores conectados à internet;
- f. Caberá a Concessionária toda responsabilidade quanto ao tratamento dos dados coletados, nos termos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - Lei nº 13.709/2018.

**A *conta virtual do apostador* e o *aplicativo de apostas* deverão propiciar aos apostadores a utilização dos serviços virtuais da loteria. Dentre eles, minimamente, os seguintes serviços:**

- a. Gerenciar e apresentar saldo de créditos virtuais;
- b. Gerenciar e apresentar saldo de prêmios;
- c. Gerenciar todas as transações financeiras relativas à créditos, apostas, prêmios e apresentá-las na forma de extrato para conferência;
- d. Dar acesso aos jogos ofertados, para geração e registro de apostas;
- e. Dar acesso aos resultados dos sorteios de cada modalidade de jogo;
- f. Dar acesso ao histórico de apostas realizadas nos últimos anos (recomendamos os 2 últimos anos);
- g. Dar acesso ao histórico de prêmios recebidos nos últimos anos (recomendamos os 2 últimos anos);
- h. Dar acesso a informações de cada jogo, inclusive de seus planos de



premiações;

- i. Gerenciar a conversão dos prêmios em novos créditos ou resgate em dinheiro vivo ou pela conta corrente do apostador.
- j. Permitir a manutenção do cadastro do apostador, inclusive o cadastro da sua conta corrente bancária.
- k. Conferir automaticamente o resultado dos sorteios, verificar se o apostador tem direito a algum prêmio em função de suas apostas e creditar o prêmio na conta virtual de prêmios, sem a necessidade de intervenção do apostador.
- l. O apostador cadastrado deverá possuir acesso ao aplicativo de apostas e conta virtual por meio de autenticação de *e-mail* ou CPF e senha de segurança;
- m. Disponibilizar serviços de resgate de senha e usuário;
- n. Gerenciar a “cerca eletrônica”, recurso virtual para definir e garantir os limites geográficos e de perfis dos cidadãos que poderão fazer seus cadastros e acessar os serviços lotéricos;
- o. Gerenciar a **black list**, recurso para impedir que cidadãos indesejáveis, possam ter seus acessos bloqueados temporariamente ou permanentemente;
- p. Gerenciar a **ludopatia**, recurso para impedir o acesso temporário ou permanente de jogadores compulsivos. Este serviço deverá ser acessível ao próprio jogador e aos gestores.

Da entrega e revelação dos bilhetes instantâneos virtuais ao apostador. A raspagem de bilhetes de loteria instantânea WEB deverá propiciar a entrega e a “raspagem” do bilhete instantâneo virtual ao apostador por meio de aplicativo ou sistema na internet, observando-se o seguinte:

- a. Os bilhetes adquiridos pelo apostador deverão ser entregues por meio de aplicativo para smartphones, tablets e browsers;
- b. Os bilhetes entregues ao apostador deverão estar preservados (inviolados) e disponíveis para que o apostador revele a possível premiação por meio de uma interação, como por exemplo a “raspagem” de uma área do bilhete;
- c. A premiação do bilhete deverá ser apresentada ao apostador conforme regras definidas no Plano Lotérico e Regras do Jogo, apresentadas



previamente ao apostador;

- d. Uma vez premiado, o apostador deverá ser instantaneamente informado do prêmio auferido, quer seja em valores, bens ou serviços. Da mesma forma, o apostador deverá ser informado caso não seja premiado;
- e. Os prêmios em dinheiro deverão ser creditados na conta virtual do apostador, devendo ficar disponíveis para resgate em conta bancária do sistema financeiro brasileiro ou nos pontos de vendas e conversão em créditos virtuais para novos jogos.

Caberá o sistema receber a formulação e registro de apostas em jogos de prognósticos numéricos, cabendo propiciar recursos virtuais para que o apostador possa transformar seus créditos em apostas no jogo selecionado, formulando e registrando seus prognósticos em cartelas virtuais. Sendo assim, o sistema deverá possuir as seguintes funcionalidades:

- a. Permitir que o apostador selecione uma modalidade de jogo dentre as oferecidas;
- b. Informar ao apostador da data e horário do próximo sorteio ou o tempo restante para o mesmo;
- c. Disponibilizar cartelas virtuais para que o apostador possa marcar seus prognósticos e posteriormente registrar sua aposta;
- d. A cartela virtual deverá claramente informar ao apostador:
  - I. Da data e hora do sorteio em que a aposta será registrada;
  - II. Dos valores da aposta;
  - III. Dos tributos aplicáveis;
  - IV. Dos valores brutos dos prêmios; e
  - V. Dos prognósticos que estão sendo registrados na aposta.
- e. Disponibilizar os termos e condições do jogo ofertado e solicitar o aceite do apostador, antes de registrar a aposta e debitar seus créditos virtuais; e
- f. Após registro da aposta, disponibilizar um bilhete eletrônico ou extrato da aposta para conferência. Tanto o bilhete quanto o extrato da aposta registrada deverão estar disponíveis para impressão ou envio por SMS ou WhatsApp.

A Integração da carteira virtual com recursos de *Gateway de Pagamento Virtual* deverá propiciar recursos e serviços virtuais para que o





apostador possa comprar novos créditos virtuais diretamente de sua carteira virtual, por meio de integração com os *Gateways* de Pagamento, observando o seguinte:

- a. Disponibilizar acesso, diretamente da carteira virtual, aos serviços de Gateway de Pagamento, para a compra de créditos virtuais;
- b. Permitir a aquisição de créditos virtuais por meio de cartão de crédito, cartão de débito, boleto bancário e transferência eletrônica de fundos;
- c. A integração deverá ser transparente ao apostador, não necessitando novas verificações e senhas de registro;
- d. Assim que aprovada a compra, pelo Gateway de Pagamentos, o registro dos créditos comprados na carteira virtual do apostador deverá ser imediato e automático, por meio de recursos tais como webservices, portanto, sem a interferência humana.

Quando o Resgate e/ou Conversão de Prêmios for realizado via WEB, o sistema deverá propiciar recursos e serviços virtuais para que o apostador possa resgatar ou converter seu prêmio, observando ainda o seguinte:

- a. Todos os prêmios auferidos pelo apostador, em qualquer modalidade de jogos, deverão ser registrados na conta prêmio constante na carteira virtual do apostador;
- b. Deverá apresentar ao apostador o histórico dos prêmios ganhos por ele em suas apostas vencedoras. Neste histórico deverão ser apresentadas as seguintes informações:
  - I. Número do bilhete vencedor;
  - II. Data e hora da premiação; e
  - III. Valor da premiação;
- c. Permitir o resgate ou a conversão dos prêmios individualmente ou em lotes, por meio de escolha do apostador;
- d. Todos os prêmios pagos aos apostadores serão líquidos, uma vez que os impostos serão retidos na fonte;
- e. O apostador deverá ser informado do prêmio bruto, dos impostos retidos na fonte e dos valores líquidos a serem resgatados ou convertidos;
- f. Nos casos de conversão dos prêmios em créditos virtuais, a transação deverá ser imediatamente após a confirmação, debitando da conta prêmio o



valor total dos prêmios convertidos e creditando o mesmo valor na conta de créditos virtuais;

- g. Não poderão ser cobradas taxas para a conversão de prêmios em créditos;
- h. Nos casos de resgates de prêmios, os mesmos deverão ser realizados diretamente na rede de distribuidores e revendedores, ou por meio de transferência eletrônica para a conta bancária do apostador;
- i. Permitir que o apostador cadastre uma ou mais contas correntes bancárias em seu cadastro;
- j. Efetuar transferência de valores somente para contas correntes bancárias do apostador (mesmo CPF);
- k. As transferências de valores entre a loteria e o apostador deverão seguir todas as regras e normatizações e prazos do Banco Central, e vigentes à época;
- l. Se houver taxas de serviços bancárias a serem debitadas do apostador, as mesmas deverão ser informadas previamente à conclusão da transação; e
- m. Os prêmios resgatados diretamente na rede de distribuição e revendedores deverão ser precedidos de conferência por parte da rede e autorização por parte do apostador. As duas operações deverão ser realizadas diretamente e em tempo real pela carteira virtual do apostador.

## 7. Bibliografia

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e concorrência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 233:311-371, jul./set. 2003.

BANISAR, David; DAVIES, Simon. Global Trends in Privacy Protection: An international survey of privacy, data protection and surveillance laws and Development. *Computer & Info.* 18 J. Marshall J. L. 1, 1999.

BARBOSA, Allan Fuezi de Moura. “A Possibilidade de Instituição de Apostas Virtuais pelas Loterias Estaduais no Brasil e as Limitações Decorrentes do Ordenamento Jurídico Pátrio”, p. 34, disponível no seguinte endereço eletrônico: < <https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/3791/1/t1-3-l-allan-fuezi-007.pdf> >. Acessado em 01.09.2021.

BARROSO, Luis Roberto. Loteria - Competência estadual - Bingo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 20, n. 0, p. 262–277, 2000.

CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DAL POZZO, Augusto Neves. *Aspectos fundamentais do serviço público no Direito Público*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2014.

DUTRA, Pedro. *PPI: regulação e centralização?* In *Regulação, Concorrência e a Crise Brasileira*. São Paulo: Ed. Singular, 2017.

FREIRE, André Luiz. *O regime de direito pública na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

FREIRE, André Luiz. Saneamento básico: conceito jurídico e serviços públicos. *Enciclopédia Jurídica da PUC-SP*. 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). 1ª 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: 01.09.2021.



GEROSKI, Paul. Competition in Markets and Competition for Markets. *Journal of Industry, Competition and Trade* **3**, 151–166 (2003).

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 16. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

JUSTEN FILHO, Marçal. (2018). Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, 13-41. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77648>. Acesso em: 01 ago. 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 40. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. *Princípios Gerais de Direito Administrativo – Vol. I Introdução*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MELLO, Rafael Munhoz. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007,

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. A autorização de serviço pública e a constituição de 1988. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 75, pp. 181-197, jul./dez. 2019.

NOHARA, Irene Patrícia. Tratado de direito administrativo: licitação e contratos administrativos / Irene Patrícia Nohara, Jacintho Arruda Câmara. In: Tratado de direito administrativo. v. 6. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (coord.). 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia*. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SHLEIFER, O.; A. and Vishny, R.W. (1997), "The Proper Scope of Government: Theory and an Application to Prisons", *Quarterly Journal of Economics*, 112:1119-58.



SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo em Debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PINDYCK, R. S.; RUBINFELD, D. L. *Microeconomia*. 5ª. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

VIREN, Matti. The Economics of Scale and Scope in the Lottery Industry. In: FARREL, Lisa; FORREST, David; GRIFFITHS, Mark; PALDAM, Martin; SMITH, Sarah; VIREN, Matti (org.); WALKER, Ian. **Gaming in the New Market Environment**. [S.l]: Palgrave MacMillan, 2008.

VISCUSI, W. K.; HARRINGTON, J. E.; VERNON, J. M. *Economics of Regulation and Antitrust*. 4ª. ed. Cambridge: The MIT Press, 2005 VISCUSI, W. K.; HARRINGTON, J. E.; VERNON, J. M. *Economics of Regulation and Antitrust*. 4ª. ed. Cambridge: The MIT Press, 2005.



## Anexo A - Minuta de Normativo para Cobrança de Valores

Nos termos da análise tributária realizada no Estudo, foi identificada a necessidade da existência de uma nova legislação endereçando a arrecadação dos valores advindos da exploração dos serviços lotéricos estaduais, delegando poderes ao delegatário dos serviços para arrecadar valores por conta e ordem do Poder Concedente, assim como segregando percentual de parcela dos recursos nos termos do artigo 15 *in fine* da Lei Estadual nº 17.386, de 2021.

Esta nova legislação se faz necessária para evitar o excesso de tributação sobre as atividades lotéricas no Estado de São Paulo, especificamente aquela referente aos tributos federais e municipais, permitindo maior eficiência na arrecadação de valores lotéricos. Adicionalmente, também se entende importante promulgar a minuta do normativo para assegurar transparência e controle dos percentuais utilizados pelo Estado para subsidiar ações voltadas à assistência social e à redução da vulnerabilidade social no Estado.

Tudo isso deverá igualmente estar detalhado e descrito no instrumento licitatório do certame, deixando claro que a receita a ser auferida pela concessionária não poderá considerar os valores a serem repassados ao Estado, tampouco aqueles pagos sob título de *payout* aos apostadores vencedores.

Em face destes motivos, apresenta-se abaixo minuta de normativo que possa, no nosso melhor entendimento, aprimorar o arcabouço regulatório do Estado de São Paulo para com a arrecadação e distribuição de valores advindos dos serviços públicos de loteria estadual.

### **MINUTA DE PROJETO DE LEI Nº \_\_\_\_\_, DE \_\_\_\_ DE \_\_\_\_\_ DE 2021**

DISPÕE SOBRE A ARRECADAÇÃO DE VALORES LOTÉRICOS POR DELEGATÁRIOS DE SERVIÇO PÚBLICO E DA DESTINAÇÃO DE RECURSOS DE ARRECADAÇÃO E ATIVIDADES PRÓPRIAS DA LOTERIA DO ESTADO DE SÃO PAULO, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

O GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO:

Faço saber que a Assembleia Legislativa decreta e eu promulgo a seguinte lei:



CONSIDERANDO o teor da Lei Estadual nº 17.386, de 2021, que autoriza a exploração da Loteria do Estado de São Paulo e dá outras providências; e

CONSIDERANDO a necessidade de supervisão aos programas e projetos de interesse social, da assistência às populações carentes, bem como apoio às atividades governamentais,

**Art. 1º** Fica autorizado que a delegatária de serviços públicos lotéricos do Estado de São Paulo proceda a arrecadação, por conta e ordem do Poder Concedente, dos valores a serem repassados ao Estado de São Paulo para subsidiar ações voltadas à assistência social e à redução da vulnerabilidade social no Estado.

**§ 1º** A delegatária de serviços públicos lotéricos do Estado de São Paulo somente deverá repassar ao Estado de São Paulo o resultado líquido obtido na exploração dos serviços lotéricos, descontando-se os valores utilizados para custeio, manutenção, operação, investimento, expansão, pagamento de prêmios aos apostadores vencedores e lucro do operador lotérico.

**§ 2º** O resultado líquido obtido com a exploração dos serviços lotéricos do Estado de São Paulo deve ser entendido como receita estadual para todos os fins de Direito, principalmente para fins de incidência tributária.

**§ 3º** Também não deverá compor a receita da delegatária aqueles montantes arrecadados cuja destinação seja o pagamento dos prêmios pagos aos apostadores vencedores. Os valores de pagamento dos prêmios não poderão ser utilizados pelas delegatárias para qualquer outro fim que não seja o efetivo pagamento do prêmio lotérico.

**Art. 2º** O resultado líquido apurado pelo Estado de São Paulo será aplicado em programas e projetos de interesse social, relacionados precipuamente ações voltadas à assistência social e à redução da vulnerabilidade social no Estado, conforme as seguintes destinações:





- I – [\*]% será destinado à ações da pasta de [SAÚDE];
- II - [\*]% será destinado à ações da pasta de [EDUCAÇÃO];
- III - [\*]% será destinado à ações da pasta de [DESENVOLVIMENTO SOCIAL];
- V - [\*]% será destinado à ações da pasta de [ESPORTE E LAZER];
- VI - [\*]% será destinado à ações da pasta de [CULTURA E ECONOMIA CRIATIVA];
- VII - [\*]% será destinado à ações da pasta de [CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO]; e
- VIII - [\*]% será destinado à ações da pasta de [AMPARO AO TRABALHADOR PRESO].

**Art. 3º** O presente Decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.