

LOTERIAS SÃO PAULO

Produto I
Análise Jurídico Regulatória



Projeto liderado pela NGT, com a consultoria de BetConsult, a assessoria jurídica da Feijó Advocacia, Lenzi Advocacia e Pedro Henrique Braz de Vita, e assessoria financeira da Blue Lagoon. A parte técnica e operacional foi elaborada pelas seguintes empresas: NGT, BIG Brazil, Sga.bet e Marjosports.

1. INTRODUÇÃO

O Edital de Chamamento Público nº 004/2021 publicado pela Secretaria de Projetos, Orçamento e Gestão da Secretaria de Fazenda e Planejamento do Estado de São Paulo visa à obtenção de estudos necessários à implantação e operação de loterias no Estado de São Paulo e os possíveis modelos de delegação à iniciativa privada.

Ainda, o Edital prevê a necessidade de os estudos considerarem dois cenários:

- Cenário “A” – modelos de exploração dos serviços lotéricos em que seja assegurada a exclusividade na prestação dos serviços durante o prazo contratual;
- Cenário “B” – modelos de exploração dos serviços em que não é assegurada a exclusividade na prestação dos serviços.

Assim, o presente Produto I é o resultado da análise jurídico-regulatória e contém a proposta de modelagem jurídica de parceria com a iniciativa privada, sua fundamentação e os demais temas previstos no item 4.2, do Edital de Chamamento Público nº 004/2021. Em complemento, apresenta-se anexas as minutas dos instrumentos jurídicos necessários para a implementação do modelo proposto.

2. PREMISSAS PARA A ELABORAÇÃO DO MODELO JURÍDICO

A elaboração do modelo jurídico e da análise da sua viabilidade depende da fixação de determinadas premissas, que são estabelecidas no planejamento técnico e operacional e informam a modelagem econômica e financeira.

Além disso, a partir dessas bases fixadas no planejamento técnico e operacional, a modelagem econômico-financeira também passa a fornecer premissas específicas para garantir a viabilidade do empreendimento sob esse aspecto.

Com efeito, o planejamento jurídico da delegação das atividades lotéricas no Estado de São Paulo para os particulares decorre da assunção desse conjunto de premissas técnicas e econômico-financeiras. As principais premissas são:

- Conferir a maior competitividade possível no setor, retirando a exclusividade da exploração.
- A delegação deve autorizar a exploração de todas as modalidades de jogo, a escolha do particular.
- A delegação de uma modalidade deve abranger os canais físico e virtual (omnichannel).
- Pagamento de valor ao Estado de uma outorga pela delegação da exploração de cada modalidade lotérica.
- Necessidade de realização de investimentos para a exploração da atividade e, conseqüentemente, necessidade de garantia de tempo de exploração do empreendimento para amortizar os investimentos.

Fixadas as premissas, passemos a apresentar os modelos jurídicos possíveis.

3. ANÁLISE JURÍDICA DAS COMPETÊNCIAS DOS ENTES FEDERADOS PARA A CONCESSÃO

Antes de analisar as opções regulatórias e modelagens jurídicas possíveis para a exploração das loterias, é necessário fixarmos quais são as competências de cada ente federativo em relação às atividades lotéricas.

A competência da União para legislar sobre sorteios e jogos é pacificamente reconhecida pelo STF e decorre do art. 22, XX, da Constituição Federal: “Art. 22. *Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XX - sistemas de consórcios e sorteios*”.

Nesse sentido, o STF considera inconstitucional legislação estadual ou distrital que disponha sobre sorteios, bingos ou loterias, conforme estabelecido na Súmula Vinculante nº 2: “*É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.*”

O STF reafirmou essa competência na União no julgamento da ADPF 492, ADPF 493 e ADIN 4.986, ocorrido em setembro de 2020 pelo STF, que reconheceu a inconstitucionalidade da exclusividade das loterias para a União, proibindo as loterias estaduais. Nesse precedente, firmou-se entendimento de que o Distrito Federal e Estados podem implantar as loterias, seguindo a regulamentação do setor estabelecida pela União. Confirma-se trecho do voto do relator Min. Gilmar Mendes, acolhido por unanimidade:¹

O STF, em reiteradas decisões, de fato tem declarado a inconstitucionalidade de leis estaduais que tratam sobre loteria ao reafirmar a competência legislativa privativa da União dispor sobre a matéria. Esse entendimento, aliás, restou placitado na edição da Súmula Vinculante 2, segundo a qual “*É inconstitucional a lei ou ato normativo Estadual ou Distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias*”.

Cito, a propósito, precedentes desta Corte advindos de 14 (quatorze) Estados federais sobre o tema: ADI 3.630/DF, Rel. Min. Edson Fachin, Dje 13.9.2017; ADI 3.148-ED/TO, Rel.

¹ ADPF 492, ADPF 493 e ADIN 4.986, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 30/09/2020.

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, de minha relatoria, Dj 20.10.2006; ADI 3.259/PA, Rel. Min. Eros Grau, Dj 24.2.2006.

Portanto, a União detém a competência legislativa privativa para regulamentar os serviços lotéricos no Brasil.

Já os Estados detêm competência material para implantar e explorar loterias em seu território, por força do previsto no art. 25, §1º, da CF, uma vez que a Constituição não restringe essa atividade à União.

Confira-se novamente trecho do voto do acórdão do STF mencionado acima:

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

Dessa 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 é incompatível com o art. 22, XX, da CF/88.

Desse modo, cabe ao Distrito Federal e aos Estados apenas implantar as loterias estaduais, mas eles não detêm competência para alterar a legislação federal sobre como esse serviço deve ser prestado. Ou seja, os Estados devem

implantar e explorar loterias seguindo as disposições da União, sem jamais ofendê-la. Novamente, é o que traz o acórdão do STF ao comparar legislação da loteria do Estado do Mato Grosso e considerá-la constitucional por não violar a legislação federal:

Constato, assim, que as normas estaduais impugnadas na ADI 4.986 veiculam meras disposições adaptativas da prestação do serviço público de loterias ao respectivo Estado, não desbordando, portanto, da disciplina legislativa da União prevista a si mesma. Neste sentido, não reconheço em tais normas estaduais qualquer mácula de inconstitucionalidade.

Logo, os Estados possuem competência para implantar e explorar loterias em seus territórios, mas obedecendo a legislação editada pela União a respeito do tema.

Por fim, os Municípios, a princípio, não detêm nenhuma competência em matéria de loterias. Como dito, a competência material reconhecida pelo STF decorre do art. 21, §1º, da CF, que estabelece a competência residual dos Estados. Assim, somente os Estados podem implantar loterias e não aos Municípios.

4. LEGISLAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO APLICÁVEL ÀS LOTERIAS ESTADUAIS

Como visto, a competência para legislar sobre loterias é privativa da União. Assim, a legislação e regulamentação federal é aplicável à Loteria do Estado de São Paulo.

É importante registrar que se devem aplicar as normas de caráter geral e específicas para as loterias estaduais. Já as regras destinadas para a Loteria Federal podem ser aplicados por analogia, mas não são necessariamente de observância obrigatória pelos Estados.

Ressaltamos que não existe entendimento jurisprudencial consolidado sobre a matéria, tratando-se de uma orientação doutrinária.

O marco legal que regulamenta as loterias é o Decreto-Lei 204/1967, devendo ser observado para a regulamentação das loterias estaduais, no que não for específico para Loterias Federais. O Decreto-lei 6.259/1944 também é aplicado para regulamentar as loterias estaduais, no que for compatível com a Constituição Federal e com a legislação vigente.

Por exemplo, como será tratado abaixo, a previsão do art. 4º do Decreto-Lei 6.259/1944 que autoriza a exploração de apenas uma concessão lotérica deve ser interpretada em conformidade com o princípio constitucional da livre iniciativa, o que autoriza diversos operadores a explorarem a atividade lotérica.

Diversas Leis Federais alteraram o marco legal de loterias, prevendo novas modalidades e alterando os valores de repasses e sua destinação. Nesse sentido, aplicam-se também às loterias estaduais a seguinte legislação:

- Lei 6.717/1979 – regulamentação da loteria de prognósticos numéricos.
- Lei 11.345/2006 e Decreto 6.187/2007 – regulamentação da loteria de prognósticos específicos.
- Decreto-Lei 594/1967 e Decreto 68.703/1971 – regulamentação da loteria de prognóstico esportivo.
- Lei 13.155/2015 – regulamenta a loteria instantânea.
- Lei 13.756/2018 - regulamenta a loteria de aposta de quota fixa.
- Lei 14.183/2021 – alterou repasses e metodologia de cálculo desses repasses, adotando o critério do GGR.

A nível federal, as loterias são sujeitas a organização e regulamentação direta do Poder Executivo, inexistindo agência reguladora do setor. Atualmente, a função é exercida pelo Ministério da Economia, por meio da Secretaria de Avaliação, Planejamento, Energia e Loteria.

Em âmbito estadual, como já exposto, o Estado detém competência para regulamentar materialmente a operação da loteria, observando a legislação federal.

A Lei Estadual nº 17.386/2021 autorizou o Poder Executivo Estadual a instituir e operar a loteria estadual por meio de permissão ou concessão de serviço público, prevendo que o resultado líquido dos custeios dessa atividade deverá ser voltado à assistência social e à redução da vulnerabilidade social do Estado. Ademais, essa legislação revogou a legislação então vigente sobre as loterias que tratavam de loterias específicas.

Também não há previsão na legislação estadual de uma agência reguladora com a função de regulamentar os serviços e atividades lotéricas.

5. INCERTEZAS E RISCOS REGULATÓRIOS

A análise regulatória demonstra a existência de três riscos regulatórios principais.

O primeiro risco é a falta de regulamentação federal adequada a respeito das loterias estaduais e o nível de incerteza quanto à amplitude da competência material dos Estados para regulamentar suas próprias loterias.

A competência dos Estados encontra dois limites: (i) regras gerais fixadas pela União; e (ii) regras constitucionais aplicáveis a todos os entes. Essa competência foi ressalvada expressamente no final do voto do Ministro Gilmar Mendes: *"A competência privativa da União para legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios (art. 22, inciso XX, da CF/88) não preclui a competência material dos Estados para explorar as atividades lotéricas nem a competência regulamentar dessa exploração."*

No que diz respeito às regras gerais, as principais normas tratam sobre (i) a disciplina da atividade veiculada pela legislação federal, e (ii) as modalidades lotéricas existentes.

A disciplina da atividade regulamenta de que forma os jogos lotéricos são realizados. Tal normativa encontra regras legais minuciosas em alguns casos e outras normas mais gerais. Neste segundo caso, os Estados podem exercer sua competência material para definir como atender à disciplina fixada pela União.

Já as modalidades lotéricas que podem ser exploradas pelo Estado são somente aquelas previstas pela legislação da União. Não existe espaço para o Estado inovar nesse quesito.

O segundo risco decorre da possibilidade de a União alterar a regulamentação federal de modo a impactar significativamente nos serviços lotéricos estaduais delegados. Por exemplo, a loteria de aposta de quota fixa carece de regulamentação, havendo um cenário de grande dúvida e incerteza sobre como essa modalidade será regulamentada pela União.

O terceiro risco identificado é o Estado promover alteração legal ou regulamentar para suprimir ou impedir o adequado exercício da competência material pelos Estados, o que exigiria ajuizamento de ação perante o Supremo Tribunal Federal.

6. INCENTIVOS JURÍDICO-REGULATÓRIOS PARA POTENCIALIZAR A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS LOTÉRICOS

A prestação dos serviços públicos lotéricos pode ser incentivado por meio da regulação jurídica, especialmente, de cinco maneiras.

Primeiramente, a estruturação de um modelo de destinação de recursos que adota a metodologia de GGR (*Gross Gaming Revenue*), em que os percentuais de repasse destinados ao Estado incidem sobre o valor da receita bruta, isto é, sobre o resultado do valor arrecadado descontados os prêmios e tributos sobre a premiação.

Esse é o modelo adotado pela União na modalidade de loteria de aposta de quota fixa e que possui maior atratividade para o mercado. A adoção dessa metodologia para todas as modalidades representa um grande incentivo para potencializar os serviços lotéricos.

Em segundo lugar, deve-se permitir que os operadores explorem todos os canais de venda de forma simultânea (*omnichannel*). A possibilidade de exploração dos canais físico e virtual pelo mesmo operador também potencializa os serviços.

Em terceiro, a estruturação de um modelo de delegação que confira maior liberdade comercial e técnica para o operador em detrimento de um modelo mais rígido e subordinado a amplo controle e planejamento do Estado é mais apto para potencializar os resultados dos serviços lotéricos.

A atividade lotérica é bastante dinâmica e rápida. O operador deve ter liberdade para planejar e realizar mudanças rápidas em sua operação para captar oportunidades que se apresentem e eliminar rapidamente eventuais prejuízos que sejam identificados. Quanto menor a intervenção do Estado nas decisões comerciais e estratégicas da Loteria, maior será o potencial da atividade lotérica.

Quarto, a criação de um ambiente competitivo, em que os operadores possuam grande liberdade de atuação e decisão comercial, potencializa significativamente o desenvolvimento das atividades lotéricas, especialmente da modalidade de aposta de quota fixa.

Para viabilizar a competição, além de permitir a atuação de diversos operadores, deve-se prever payout mínimos para cada modalidade lotérica, autorizando os operadores a aumentar esse payout como forma de atrair clientes.

Essa disputa no mercado tem alta probabilidade de gerar ganhos de clientes e aumento de arrecadação, potencializando a atividade lotérica.

Em quinto, deve-se admitir a subcontratação parcial dos serviços lotéricos. A gestão da atividade lotérica compreende a subcontratação de representantes e agentes comerciais para a venda dos produtos lotéricos. Essa é a praxe do mercado, devendo ser autorizada pela regulamentação do serviço como forma de potencializar as atividades lotéricas do Estado.

Essas são as principais medidas jurídico-regulatórias para potencializar a atividade lotérica.

7. OPÇÕES REGULATÓRIAS E DE MODELAGENS JURÍDICAS POSSÍVEIS

Nesse capítulo, apresentaremos quais são as opções regulatórias e modelagens jurídicas possíveis para delegar a exploração da atividade lotérica para a iniciativa privada.

De forma geral, partindo das premissas fixadas pelo Edital, existem duas grandes modelagens possíveis de exploração e delegação dos serviços lotéricos para a iniciativa privada.

O primeiro modelo é aquele que assegura exclusividade ao operador. Nesse modelo, entretanto, será necessário dividir a exploração das modalidades lotéricas em, ao menos, dois tipos de contrato: um para a exploração das apostas esportivas de quota fixa e outro para a exploração das demais modalidades lotéricas. Isso porque, a legislação federal impõe a exploração das apostas de quota fixa em regime concorrencial, sendo vedada a sua delegação em regime de exclusividade.

O segundo modelo prevê a delegação de todas as atividades em regime de concorrência, sem exclusividade para nenhum operador.

A seguir, vamos analisar a qualificação jurídica dos serviços públicos e os dois modelos possíveis da sua exploração.

7.1. A qualificação como serviço público e as formas de delegação previstas na lei

A modelagem jurídica da delegação das atividades lotéricas do Estado de São Paulo para a iniciativa privada tem relação direta com a qualificação da atividade como serviço público.

A natureza de serviço público das atividades lotéricas decorre da previsão geral do art. 1º, do Decreto-Lei 204/1967.² É o que leciona desde há muito tempo CAIO TÁCITO:

“As loterias, tanto federal quanto estaduais, são consideradas como serviço público desde 1932, quando pela primeira vez se consolidou o direito federal a esse respeito.”³

A natureza de serviço público das loterias, em decorrência de previsão legal expressa, foi ratificada pelo STF no julgamento das ADPF 492 e 493 e da ADIN 4.986,

² 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.
³ TÁCITO, Caio. Loterias Estaduais (Criação e regime jurídico). Revista dos Tribunais, ano 94, vol. 838, ago. 2005, p. 750.

tal como se extrai do voto do Relator Ministro Gilmar Mendes, acolhido por unanimidade:

“Por esse motivo, parece-nos, no todo, acertada a afirmação do Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, em artigo doutrinário, ao confirmar que **“no que se refere à natureza jurídica da atividade lotérica, *legem habemus*”**. De acordo com Sua Excelência: *‘É possível afirmar, assim, em linha de coerência com a posição doutrinária prevalente, que no Brasil a atividade de exploração de loterias é qualificada desde muito tempo, e até o presente, como serviço público’* (BARROSO, Luís Roberto. op. Cit., p. 264). (...) *Uma vez definida como premissa deste voto a ideia de que as atividades lotéricas são serviços públicos (...)*”.⁴

Já a Lei Estadual nº 17.386/2021 do Estado de São Paulo prevê implicitamente a caracterização das atividades lotéricas como serviço público a ser instituído e explorado pelo Estado mediante concessão ou permissão de serviço público, nos termos do art. 175 da Constituição Federal: *Artigo 15 - Fica o Poder Executivo autorizado a instituir e explorar, na forma do artigo 175 da Constituição da República, a Loteria Estadual de São Paulo, devendo utilizar o resultado líquido obtido no custeio de ações voltadas à assistência social e à redução da vulnerabilidade social no Estado.*

O art. 175 da Constituição Federal prevê que os serviços públicos devem ser explorados diretamente pelo Poder Público ou, indiretamente pela iniciativa privada, mediante concessão ou permissão: *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.*

Assim, a Loteria do Estado de São Paulo é um serviço público que somente pode ser explorado de duas formas genéricas: (1) diretamente pelo Estado; ou (2) indiretamente, por meio da delegação pela iniciativa privada.

Assim, a delegação das atividades lotéricas para a iniciativa privada deverá ser realizada por meio de concessão ou permissão de serviço público.

⁴ ADPF 492, ADPF 493 e ADIN 4.986, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 30/09/2020.

Por fim, menciona-se que a previsão do art. 4º do Decreto-Lei 6.259/1944 não foi recepcionada pela Constituição Federal ou, quando menos, deve ser interpretada conforme à Lei Maior. Tal dispositivo prevê que somente a União e os Estados poderiam explorar os serviços lotéricos ou concedê-los, sendo vedada mais de uma concessão ou exploração lotérica.

Ocorre que essa previsão contraria expressamente o art. 175, da Constituição Federal que prevê a possibilidade de se realizar concessão ou permissão para a exploração de serviços públicos. Ainda, o dispositivo contraria o princípio da livre iniciativa, previsto nos arts. 1º, IV, e 170, da CF, ao instituir limitação da delegação do serviço apenas em regime de exclusividade, inclusive contrariando o art. 16 da Lei 8.987/1995.

Logo, não existe vedação para a realização de permissão de serviço público para a delegação das loterias nem obrigação para que a delegação seja realizada de forma exclusiva.

Com efeito, a única interpretação possível é que o Estado não pode criar mais de uma loteria em seu Estado, mas isso não impede que existam diversos operadores explorando a loteria estadual. Ou seja, no âmbito do Estado de São Paulo haverá apenas uma loteria, contando com diversos operadores autorizados a explorá-la.

Portanto, as atividades lotéricas podem ser delegadas pela iniciativa privada mediante concessão ou permissão de serviço público. Assim, vamos destacar as principais características de cada opção jurídica para verificar o modelo mais adequado.

7.2. As características da concessão de serviço público e as possíveis modelagens

A concessão de serviço público tem sido largamente utilizada para viabilizar a prestação de serviços públicos, tendo ganho especial relevância a partir dos anos 1980 e 1990. Desde então, foi considerável o aprimoramento das concessões e a sofisticação da sua engenharia jurídica e financeira, passando de contratos relativamente mais simples, com poucas cláusulas e muita repetição literal de disposições legais, para contratos complexos, com previsões inovadoras que buscam a melhor forma de se desenvolver infraestrutura e prestar os serviços

públicos, irradiando múltiplas relações jurídicas, com direitos e responsabilidades bem delineadas. Assim, as concessões consolidaram-se como importante instrumento de concretização e controle de políticas públicas de longo prazo,⁵ por permitir a formulação e implementação de normas regulatórias por meio dos contratos (dimensão reguladora).⁶

Nesse contexto, a Lei 8.987/1995 define que a concessão de serviço público é a delegação da prestação destes serviços à pessoa jurídica, por sua conta e risco, e por prazo determinado, sendo precedida de licitação na modalidade de concorrência, em que a pessoa jurídica deverá demonstrar capacidade para desempenhar as atividades (art. 2º, II). Essa definição, entretanto, é insuficiente para revelar as propriedades da concessão de serviço público. Vamos destacar as principais características das concessões de serviço público que são relevantes para a modelagem da Loteria de São Paulo.

Em primeiro lugar, a concessão de serviço público envolve a delegação da prestação do serviço público do Poder Concedente (Administração Pública) para o particular, mas com a manutenção da titularidade estatal do serviço.⁷ Assim, o Estado permanece com o dever de garantir a prestação do serviço, detendo, conseqüentemente, competências para regular e fiscalizar essa atividade.

A segunda característica é que a delegação é realizada por meio de um contrato de concessão, no qual são estabelecidos os direitos e obrigações de cada parte e fixada a matriz de riscos do empreendimento. Esse contrato de concessão tem caráter normativo, por força da previsão do art. 1º, da Lei 8987/1995, reforçando a sua importância do contrato.⁸

Além disso, o concessionário deve ser remunerado pela prestação do serviço, por meio de pagamento de tarifas dos usuários ou por receitas alternativas, podendo haver cumulação desses tipos de remuneração. A existência da concessão decorre justamente da possibilidade de o particular explorar o serviço público e extrair a sua remuneração desse serviço, integral ou parcialmente.

⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. O contrato administrativo como instrumento de governo. In: GONÇALVES, Pedro (org.). Estudos de contratação pública, vol. IV/Cedipre. 1ª Ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2013, p. 12.

⁶ GONÇALVES, Pedro. Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 94, 100 e 128.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviços públicos. São Paulo: Dialética, 2003, p. 55.

⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 177.

Outra marca dos contratos de concessão de serviço público é a sua mutabilidade intrínseca. Por se tratar de um contrato de longo prazo que é voltado para uma finalidade de oferecer a prestação do melhor serviço público, ele deve necessariamente ser flexível para se adaptar às exigências fáticas que são impostas pelo passar do tempo, mantendo a sua base objetiva.⁹

Essa mudança não significa a possibilidade de completa desnaturação do contrato,¹⁰ mas a sua aptidão para se adaptar às mudanças relativas ao serviço que está sendo prestado. O exemplo mais claro para visualizar essa flexibilidade diz respeito a incorporações de inovações tecnológicas e novas formas de prestar o serviço. O contrato deve ser flexível o suficiente para permitir que essas mudanças de tecnologia possam ser incorporadas e aplicadas, de modo a garantir a prestação do melhor serviço público.

Ainda, o artigo 2º, inciso II, da Lei 8.987/1995 prevê que a concessão terá prazo determinado, ainda que a lei não fixe limite para esse período contratual. O prazo é um elemento de suma relevância dos contratos de concessão, pois ele influenciará na remuneração total que o particular conseguirá obter com a concessão para amortizar seus investimentos e remunerar seu capital, sendo parâmetro para estabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.¹¹

Ademais, a delegação de serviço público por concessão envolve necessariamente a distribuição de riscos entre o Poder Concedente e o concessionário. A Lei 8.987/1995 utiliza inadequadamente a fórmula de que o contrato de concessão seria explorado por conta e risco do concessionário, o que evidentemente não é uma solução adequada nem o que ocorre na prática. Não existe uma transferência integral dos riscos ao concessionário, mas uma adequada distribuição destes pelo contrato e de acordo com a capacidade de cada parte de gerenciá-los.¹²

Estando definidas as características gerais das concessões de serviço público, passa-se à distinção entre as espécies de concessões existentes no direito

⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral). São Paulo: Malheiros, 2010, p. 39.

¹⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral). São Paulo: Malheiros, 2010, p. 45.

¹¹ GARCIA, Flávio Amaral. Concessões, parcerias e regulação. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 33.

¹² PEREZ, Marcos Augusto. O risco no contrato de concessão de serviço público. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 131.

brasileiro. Existem duas espécies gerais de concessões de serviço público no direito brasileiro, a concessão comum e a concessão patrocinada.

A concessão comum é o modelo mais usual de concessão de serviço público, disciplinada pela Lei 8.987/1995 e pela Lei 9.074/1995. Além das características destacadas acima, distingue-se por ter sua remuneração atrelada diretamente ao serviço, por meio de pagamento de tarifas pelos usuários do serviço, que pode ser complementada ou substituída por receitas alternativas. Em regra, não há remuneração pelo Poder Concedente, ainda que isso possa acontecer por meio de subsídios. Além disso, a concessão comum não possui prazo máximo fixado em lei, o que não exclui a necessidade de um prazo determinado previamente em contrato, que deve ser estipulado de acordo com o necessário para o cumprimento do pactuado, com a devida amortização de investimentos e remuneração do capital.

Já a concessão patrocinada é uma espécie de contrato de Parceria Público-Privada introduzida pela Lei 11.079/2004,¹³ que foi editada com a intenção de ampliar a utilização do modelo concessionário para abranger novos objetos. A concessão patrocinada pode ter por objeto obra pública ou serviço público, sendo caracterizada por envolver o pagamento crônico de contraprestação pecuniária pelo Poder Concedente em adição à remuneração habitual do concessionário. Assim, por meio dessa concessão, o poder público pretende dividir os custos de implantação de infraestruturas com o concessionário, cujos custos não poderiam ser arcados individualmente por nenhum dos dois.¹⁴

Por essa característica da sua remuneração, a concessão patrocinada possui um caráter residual, de modo que sempre que o projeto concessionário puder ser remunerado sem contrapartidas financeiras públicas, deverá ser preferencialmente utilizada a concessão comum.¹⁵ Em razão disso, ela destina-se àqueles serviços públicos que não geram receita suficiente para seu autofinanciamento.

¹³ A Lei de 11.079/2004 formalizou mais duas espécies de concessões no Brasil, denominando-as de contratos de PPP, conforme: MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 141.

¹⁴ GARCIA, Flávio Amaral. *Concessões, parcerias e regulação*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 40.

¹⁵ GARCIA, Flávio Amaral. *Concessões, parcerias e regulação*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 41.

Por esse motivo, a figura da concessão administrativa é incompatível com a delegação das atividades lotéricas, que possui como um dos principais objetivos justamente a arrecadação financeira para o Estado e não o desembolso.

Importante anotar que a Lei 11.079/2004 também prevê a concessão administrativa, mas não se trata de concessão de serviço público, mas de contrato de prestação de serviços em que a Administração Pública é usuária direta ou indireta, como bem delimita o §2º, do art. 2º, do citado diploma legal. Esse tipo de concessão envolve o fornecimento de infraestrutura aliado à prestação de serviços.¹⁶

Por não ser concessão de serviço público e por ter objetivo alheio à delegação desses serviços para a iniciativa privada, a concessão administrativa também é inadequada para a modelagem da delegação da Loteria de São Paulo.

Diante dessa análise, é possível concluir que dentre as três espécies de concessão, somente a figura da concessão comum de serviço público é adequada para a delegação de loteria. Analisaremos agora a permissão de serviço público.

7.3. A permissão de serviço público e a sua contratualização

Tradicionalmente, a permissão de serviço público era considerada a forma de delegação de serviços público mais adequada para casos em que as exigências de investimentos e de obrigações do particular são menores. Ela foi concebida como um ato unilateral, precário e personalíssimo, por meio do qual o Estado transfere a um particular o desempenho de determinado serviço, autorizando a cobrança de tarifa. Utilizava-se da permissão quando o Estado não queria constituir direitos em favor do particular e contra ele.¹⁷ Nesse sentido, a Lei 8.987/1995 prevê em seu artigo 2º, IV, que a permissão se trata de delegação de serviço público a pessoa física ou jurídica, mediante licitação e a título precário.

¹⁶ GARCIA, Flávio Amaral. Concessões, parcerias e regulação. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 42.

¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 775.

Por isso, ALEXANDRE ARAGÃO aponta como características da permissão: (i) possibilidade de o permissionário ser pessoa física; (ii) inexistência de referência à necessidade de prazo determinado; (iii) ausência de obrigatoriedade de licitação na modalidade concorrência; (iv) qualificação como contratos de adesão; (v) precariedade e revogabilidade unilateral; e (vi) ausência de previsão de permissão de obras públicas.¹⁸

A precariedade e revogabilidade unilateral das permissões de serviço público indicariam a sua utilidade para casos em que a sua extinção não fosse capaz de gerar prejuízos, inexistindo bens a serem revertidos em favor do Estado.¹⁹ Nesse sentido, Marçal JUSTEN FILHO diferencia a utilidade da permissão em relação à concessão:

A natureza dos direitos e das obrigações derivados para as partes é incompatível com as peculiaridades da permissão. Quando a Administração necessita (ou pretende) realizar contratação de que derivem direitos e deveres executáveis em longo prazo, com investimentos amortizáveis apenas por meio de exploração do serviço durante período razoável, não se pode cogitar de permissão. A permissão é adequada a situações precárias – justamente por isso é revogável a qualquer tempo. (...) Em síntese, a concessão representa um regime mais estável, com maior segurança especialmente para o concessionário.²⁰

Ocorre que essa distinção da permissão em relação à concessão, especialmente em razão da precariedade da permissão, tem sido questionada pela doutrina.

Nesse sentido, Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA aponta que a natureza contratual da permissão atribuída pelo art. 40 da Lei 8.987/1995 torna difícil a distinção qualitativa entre permissão e concessão de serviços públicos. No que diz respeito ao atributo da precariedade, o professor da USP destaca que não se trata de "ausência de prazo" ou "ausência de indenização", que seriam contraditórios ao intuito de atrair investimento privado.²¹

De modo similar, Vitor SCHIRATO aponta que a precariedade das permissões já era questionada antes da Constituição Federal de 1988 e foi confirmada pela

¹⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 685.

¹⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 687.

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviços públicos. São Paulo: Dialética, 2003, p. 113.

²¹ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contrato Administrativo. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 266.

natureza contratual estabelecida no art. 40 da Lei 8.987/1995. Com isso, conclui que não existem diferenças relevantes entre a permissão de serviço público e a concessão.²² Enfim, SCHIRATO afirma que as permissões são instrumentos para delegação de serviços públicos sem exclusividade:

Nessa esteira, as permissões de serviços públicos (i) são instrumentos de delegação de serviços públicos no regime de serviço público; (ii) não comportam qualquer forma de exclusividade, tendo como regra a ausência de exclusividade; (iii) têm como elemento característico a transferência de gestão e da organização de um determinado serviço público; e (iv) devem ser revisitadas tanto quanto as concessões para apresentarem configuração adequada com um cenário de prestação concorrencial dos serviços públicos, sendo, na íntegra, aplicáveis todos os comentários que tecemos.²³

Importante ressaltar que até autores que defendem a distinção entre permissão e concessões de serviços públicos não deixam de reconhecer que a revogabilidade da permissão não implica ausência de relação entre vantagens e encargos e a intangibilidade da equação econômico-financeira, como leciona Marçal JUSTEN FILHO: *"a revogabilidade a qualquer tempo da permissão não significa a ausência de uma relação entre vantagens e encargos. A garantia constitucional à intangibilidade da equação econômico-financeira - tema ao qual se voltará em capítulo abaixo - abrange inclusive a permissão"*²⁴

Portanto, atualmente, as permissões de serviço público são regidas pelas disposições do contrato que a regulamenta e possuem diferenças irrelevantes quanto às concessões.

Um exemplo relevante que demonstra essa forma de estruturar permissões de serviço público é realizada pela Secretaria da Receita Federal que delega a exploração de movimentação e armazenagem de mercadorias em porto seco mediante contrato de permissão de serviço público. Tais contratos chegam a ter duração inicial de 25 (vinte e cinco) anos, prorrogáveis até 35 anos no total, com previsão de investimentos e regras claras garantindo a indenização do permissionário em caso de revogação unilateral da permissão sem culpa do particular. Tal modelo já foi referendado pelo TCU, cite-se o Acórdão 570/2017

²² SCHIRATO, Vitor Rhein. Livre iniciativa nos serviços públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 305.

²³ SCHIRATO, Vitor Rhein. Livre iniciativa nos serviços públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 305.

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviços públicos. São Paulo: Dialética, 2003, p. 113.

(Plenário, Rel. Aroldo Cedraz, julgado em 29/03/2017) e o Acórdão 988/2015 (Plenário, Rel. Raimundo Carreiro, julgado em 27/04/2016).

Outro exemplo desse atual estágio de desenvolvimento das permissões de serviço público é a permissão licitada pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT para instalar e operar unidade modular dos correios. Trata-se de permissão com modelo contratual muito próximo ao de uma concessão de serviço público, havendo previsões de investimentos, prazos de duração que podem ser prorrogados até 20 (vinte anos) e regras bem claras de indenização e acerto de contas para casos de revogação da permissão sem culpa imputável ao particular contratado.²⁵ Essa modelagem jurídica também foi referendada pelo TCU no Acórdão 47/2021 (Plenário, Relator Jorge Oliveira, julgado em 20/01/2021).

Esses exemplos apenas reforçam as diferenças irrelevantes entre concessão e permissão de serviço público atualmente.

7.4. O modelo de exploração em regime de exclusividade – Cenário “A”

O primeiro modelo de exploração analisado contemplado como Cenário “A” do Edital de Chamamento Público nº 004/2021 é aquele em que se assegura a exclusividade na prestação do serviço pelo particular contratado.

Esse modelo exige uma cisão das modalidades lotéricas para a delegação porque a loteria de aposta de quota fixa não pode ser delegada em regime de exclusividade.

A Lei 13.756/2018, que instituiu essa modalidade lotérica, prevê que a sua exploração deverá ocorrer exclusivamente em ambiente concorrencial:

Art. 29. (...) § 2º A loteria de apostas de quota fixa será autorizada ou concedida pelo Ministério da Fazenda e será **explorada, exclusivamente, em ambiente concorrencial**, com possibilidade de ser comercializada em quaisquer canais de distribuição comercial, físicos e em meios virtuais.

²⁵ Conferir Edital e modelo de contrato no link a seguir: http://www2.correios.com.br/institucional/licit_compras_contratos/licitacoes/anexos/EDI_LCF00008_2019_117482.pdf, acesso em 11/05/2021.

Assim, é expressamente vedada pela legislação vigente a exploração da loteria de apostas de quota fixa em regime de exclusividade, sendo admissível a sua delegação apenas em regime de concorrência entre operadores.

Desse modo, o modelo de delegação das loterias com exclusividade do Cenário “A” deve ser estruturado em duas partes: (1ª) concessão com exclusividade das modalidades lotéricas tradicionais e (2ª) concessão sem exclusividade das apostas de quota fixa.

A primeira parte é a delegação das modalidades lotéricas tradicionais, que são as loterias de prognóstico numérico e numerada, prognóstico específico e esportivo e loteria instantânea.

Essas modalidades lotéricas podem ser todas delegadas a uma única concessionária ou também podem ser divididas para que cada modalidade seja delegada para determinado concessionário.

As conclusões extraídas do estudo de demanda, dos estudos técnicos e operacionais e do estudo financeiro recomenda duas possíveis soluções.

A primeira é a delegação de todas as modalidades lotéricas tradicionais em conjunto, em um único processo licitatório. Assim, haverá uma única concessionária para explorar todas as modalidades lotéricas tradicionais.

Já a segunda solução é a delegação das modalidades de prognósticos numéricos, numerados, específico e esportivo em um processo licitatório e a delegação da loteria instantânea em outro processo licitatório. Ou seja, haveria possivelmente duas concessionárias distintas.

Em ambos os casos, não há distinção entre operação física e virtual, autorizando-se as concessionárias a fazer a exploração em ambos os canais de venda.

Essas são as soluções possíveis que possuem sustentabilidade financeira e operacional – o que não significa que sejam as soluções que possuem os melhores resultados financeiros, como será visto abaixo.

Nesses casos, a delegação deverá ser obrigatoriamente realizada em regime de concessão de serviço público com regime de exclusividade para apenas um ou dois operadores, dependendo da opção escolhida.

Recomenda-se a realização de um processo licitatório que garanta que os concorrentes sejam capazes de executar o objeto licitado e que contenha como critério de julgamento o maior valor de outorga para o Estado.

Mais precisamente, recomenda-se que a outorga prevista e sujeita a lances seja um valor percentual incidente sobre a receita bruta dos concorrentes, que é a arrecadação total descontados os valores de premiação e de impostos.

Já a segunda parte é a delegação da loteria de apostas de quota fixa, em regime concorrencial, por expressa determinação legal. Nesse caso, deverá ser realizada um processo que assegure a contratação de todos aqueles que comprovarem atender os requisitos mínimos de capacidade técnica e econômico-financeira.

Os concessionários ou permissionários do serviço público explorarão apenas a modalidade lotérica da aposta de quota fixa, por determinado prazo, admitindo-se a exploração em ambiente físico e virtual.

A forma de delegação das apostas de quota fixa coincide com o modelo proposto para o Cenário “B”, conforme será descrito abaixo. Por isso, remete-se a leitura ao tópico abaixo.

Esse é o desenho jurídico-regulatório proposto para o Cenário “A”.

7.5. O modelo de exploração sem exclusividade – Cenário “B”

O modelo jurídico proposto para o Cenário “B”, em que há a delegação das loterias sem exclusividade, pode ser instrumentalizado de duas formas: (1) permissão de serviço público; ou (2) concessão de serviço público sem limite de operadores e, conseqüentemente, sem necessidade de licitação por ausência de competição.

Primeiramente, a modelagem jurídica de permissão de serviço público ou de concessão aberta tem, basicamente, a mesma configuração. Os direitos e deveres das partes serão previstos e definidos em um instrumento contratual, que deverá conter matriz de riscos, prazos, mecanismos de proteção do equilíbrio econômico-financeiro e demais regras necessárias para regulamentação do serviço.

Em segundo lugar, propõe-se regime de livre acesso às loterias, desde que comprovado atendimento aos requisitos jurídico, técnico e econômico previstos pelo Estado. Ou seja, trata-se de um modelo que se assemelha, na prática, a um credenciamento.²⁶ O Estado deverá publicar um Edital contendo os requisitos necessários para que o particular interessado possa explorar as atividades lotéricas no Estado e disciplinará o procedimento para a verificação do cumprimento desses requisitos.

Por sua vez, todo particular que comprovar atender os requisitos objetivos estabelecidos no Edital terá direito a obter o título de delegação e a assinar o contrato que autoriza a exploração do serviço público da loteria estadual. Como já dito, esse título de delegação poderá ser caracterizado como uma permissão ou uma concessão de serviço público, sendo mais relevante que ele estará consubstanciado em um contrato assinado pelo particular.

Em terceiro lugar, esse modelo de livre acesso ao mercado de loterias prescinde de disputa entre os interessados e de um processo competitivo por meio de licitação. Isso porque o procedimento licitatório serve para selecionar de forma objetiva e impessoal um dentre vários potenciais interessados em contratar com a Administração Pública, excluindo os demais. Ocorre que no modelo proposto não existe limite de participantes e, conseqüentemente, não há necessidade de competição para a obtenção da concessão ou da permissão de exploração do serviço público, nem exclusão da contratação de interessados aptos.

Por conseguinte, a licitação seria inexigível porque não haveria competição.²⁷ Apesar de subverter a lógica tradicional de que as concessões são precedidas de licitação, em que deve haver disputa de propostas econômicas entre os interessados para o recebimento da outorga, não existe nenhuma vedação para a realização de contratação direta de concessão por inexigibilidade, desde que atendidos os requisitos legais.²⁸ Nessa hipótese, a licitação seria inexigível justamente pela ausência de competição, pois o mercado estaria aberto para todos aqueles que atendessem aos requisitos legais.

²⁶ Isto é, um processo de contratação em que não há disputa e todos os particulares que atenderem os requisitos legais podem ser contratados.

²⁷ CAMAROSANO, Márcio. Inexigibilidade de licitação – conceito e preconceito. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, ano 15, n. 170, Belo Horizonte, fev. 2016, p. 61.

²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviços públicos. São Paulo: Dialética, 2003, p. 284.

Registre-se que o Tribunal de Contas da União já se manifestou no mesmo sentido da doutrina e acolheu a legalidade da inexigibilidade de licitação para a delegação de serviços públicos quando é inviável a competição:

"10. Relativamente à segunda questão, acolho, sem retoques, os argumentos da Subprocuradora-Geral Dra. Cristina Machado da Costa e Silva, no sentido de que a inexigibilidade de licitação, diante da inviabilidade de competição, autoriza a contratação direta mesmo nos casos de outorgas de concessão de serviços públicos." (Acórdão 3158/2012, Segunda Câmara, Rel. Raimundo Carreiro, julgado em 08/05/2012).

Igualmente, a Instrução Normativa nº 27/1998 do TCU, em seu art. 10, trata da obrigação da União de comunicar os casos de em que foi realizada concessão ou permissão de serviço público por inexigibilidade de licitação. Isso revela que o TCU admite essa forma de contratação de concessão e permissão de serviço público de forma geral.

No modelo proposto, como não há exclusão de interessados, não existe competição. Logo, é inexigível a licitação.

Assim, toda empresa interessada que atendesse aos requisitos legais e regulamentares, seria contratada. Nesse caso, a contratação deve ser precedida de um processo administrativo equivalente a um credenciamento, que é adequado para a contratação nas hipóteses em que não existe exclusão de interessados.²⁹ Esse processo seria voltado para aferir se o interessado atende aos requisitos legais e, ao final, assinar o contrato de concessão. É imprescindível a disciplina desse procedimento pela regulação.

O modelo proposto substitui a opção do Estado em receber as melhores propostas financeiras por um número reduzido e certo de concessões, para uma alternativa em que se terá uma quantidade muito maior de concessionárias operando a atividade.

Registre-se, ainda, que o modelo aberto proposto revela uma aproximação entre o regime de concessões do regime de autorização, pois suprimiria a disputa em um procedimento competitivo para a entrada no mercado e deixaria de excluir

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 17ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 77.

interessados aptos em desenvolver a atividade. A vantagem seria a capacidade de produzir mercados mais abertos à competição, com maior capacidade de desenvolver plenamente o potencial do setor dos jogos de azar.

A delegação dos serviços em regime de concorrência e não de exclusividade atende ao princípio da livre iniciativa, que deve ser restringido apenas excepcionalmente, e da ausência de regras constitucionais que determinam a exclusividade na prestação de serviços públicos.³⁰

Nesse sentido, o art. 16 da Lei 8.987/1995 prevê que os serviços públicos não serão concedidos em regime de exclusividade, assegurando o direito dos usuários de utilizar os serviços com liberdade de escolha entre vários prestadores (art. 7º, II, da Lei de Concessões). Essa decisão diz respeito à natureza do serviço e o seu modo de prestação ideal.³¹ Com efeito, somente haverá a exclusividade e o monopólio quando for impossível o seu desempenho em regime de competição, por motivos técnicos ou econômicos.³²

Assim, a competição será tecnicamente inviável somente quando dois ou mais sujeitos não puderem desenvolver a mesma atividade. Economicamente será descabida a competição se a prestação dos serviços por mais de um agente não possibilitar a obtenção de resultados que permitam a manutenção dos serviços. Trata-se do monopólio natural.³³

Ademais, como já exposto, em relação à modalidade lotérica da aposta de quota fixa, a Lei 13.756/2018 prevê expressamente que a sua exploração deverá ocorrer exclusivamente em ambiente concorrencial (art. 29, §2º).

Desse modo, é expressamente vedada a exploração da loteria de apostas de quota fixa em regime de exclusividade, sendo admissível a sua delegação apenas em regime de concorrência entre operadores.

Esse é o modelo jurídico proposto para o Cenário “B”.

³⁰ SCHIRATO, Vitor Rhein. Concorrência na prestação dos serviços públicos e seus limites. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, ano 18, n. 71, jul./set. 2020, Belo Horizonte, p. 223.

³¹ COUTO E SILVA, Almiro do. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares, Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE, n. 16, dez./jan./fev. 2009, Salvador, p. 16.

³² JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviços públicos. São Paulo: Dialética, 2003, p. 40.

³³ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviços públicos. São Paulo: Dialética, 2003, p. 40.

7.6. Exploração dos serviços lotéricos por meio de instrumento jurídico precário

O Edital de Chamamento Público nº 004/2021, em seu item 4.2, “j”, pede a avaliação da viabilidade técnica e econômica da exploração de serviços lotéricos por meio de instrumento jurídico precário. Ou seja, por meio de instrumento que não garantisse prazo mínimo de exploração.

Inicialmente, registre-se que o modelo jurídico proposto acima pode ser instrumentalizado por meio de concessão ou permissão de serviço público. No entanto, em ambos os casos, a relação jurídica deve ser contratualizada, devendo-se assegurar prazo mínimo para exploração dos serviços e, em caso de rescisão prematura do contrato, impõe-se a indenização do particular pelos investimentos realizados e não amortizados.

Já a situação cogitada no item 4.2, “j”, do Edital é a delegação dos serviços lotéricos mediante permissão de serviço público, mas sem garantia de prazo e previsão de indenização em caso de rescisão prematura do contrato.

No entanto, os estudos técnicos e econômicos apontam a inviabilidade da adoção desse modelo.

Do ponto de vista técnica, o desenvolvimento exitoso da atividade lotérica demanda tempo e investimento para que seja possível implantar e operar os serviços lotéricos. A ausência de segurança quanto ao tempo mínimo de exploração impede que os operadores invistam na implantação e operação da loteria, tornando o projeto pouco atraente para a iniciativa privada, devido ao alto grau de risco.

Já do ponto de vista financeiro, os investimentos necessários para implantar e desenvolver as atividades lotéricas demandam um prazo mínimo para amortização e retorno do capital investido. Com isso, a delegação das atividades lotéricas em regime de precariedade sem garantia de prazo mínimo representa alto risco para os operadores.

7.7. Avaliação comparativa dos modelos propostos

7.7.1 Avaliação do modelo proposto para o Cenário “A”

A vantagem jurídica do modelo do Cenário “A” é a existência de menor número de operadores, o que, em tese, pode simplificar a gestão dos contratos por parte do Estado.

Contudo, essa vantagem é relativa porque ainda haverá uma grande quantidade de operadores que poderão explorar as loterias de aposta de quota fixa, o que pode tornar a gestão contratual similar ao modelo do Cenário “B”.

Além disso, deve-se considerar a desvantagem de concentrar em um único operador todos os esforços de implantar e operar (ou seja, todo o risco do negócio) as loterias de modelo tradicional, uma vez que problemas na execução do contrato devem impactar de forma mais evidente a qualidade dos serviços a serem prestados aos usuários.

A vantagem econômica do modelo do Cenário “A” é a disputa entre os interessados para obter maior valor de repasse ao Estado pela delegação da loteria aos operadores vencedores da licitação.

Com concentração na disputa pelo ingresso no mercado, o modelo propicia esse potencial aumento do percentual de repasses ao Estado – o que pode não significar aumento do total de receita auferida e repassada ao Estado.

Em relação aos eventuais ganhos de escala quanto aos investimentos realizados, tecnologia desenvolvida e pontos de distribuição, os estudos financeiros indicam ganhos de escala pontuais e não significativas de CAPEX e OPEX em relação ao valor total.

Por fim, não vislumbramos vantagem social no modelo do Cenário “a”.

7.7.2 Avaliação do modelo proposto para o Cenário “B”

A vantagem jurídica do modelo proposto para o Cenário “B” é a sua maior simplicidade e a necessidade de menos controle pelo Estado sobre a atividade dos operadores, especialmente quanto ao atendimento a indicadores de desempenho.

A desnecessidade de um processo licitatório competitivo, com disputa entre operadores, diminui os riscos associados com a condução de um certame licitatório.

A previsão de um modelo mais aberto em que se atribui maior liberdade para os operadores definirem quais modalidades lotéricas eles vão explorar, em que regiões e de que forma, simplifica sensivelmente a fiscalização e o acompanhamento dos contratos pelo Estado.

Outra vantagem jurídica é o menor risco de questionamentos do modelo por não haver a previsão de exclusividade para apenas um operador.

Do ponto de vista econômico, a vantagem do modelo do Cenário “B” é propiciar um ambiente de concorrência mais livre, que tem capacidade de permitir melhor desempenho comercial e financeiro dos operadores. Em consequência, haverá maiores repasses ao Estado. A instauração de um ambiente competitivo é a medida mais adequada para alcançar esse objetivo.

É importante destacar que a prestação dos serviços públicos em regime de concorrência não é desprovida de sentido, ela é um instrumento para a realização eficiente dos objetivos dos serviços públicos.³⁴ Isso porque, em teoria, o aumento do número de competidores acarreta a necessidade de maior esforço entre eles para oferecer bens e serviços de maior qualidade e menores preços.³⁵ Consequentemente, o usuário de serviços ganhará tanto em qualidade quanto em quantidade. Assim, a instituição da concorrência nos serviços públicos deve buscar a concretização dessas possíveis vantagens, que implicarão a prestação de serviços melhores e mais baratos.

Existem exemplos internacionais relevantes de algumas atividades lotéricas delegadas para a iniciativa privada em regime de livre iniciativa. Nesse sentido, a exploração de jogos online em Portugal, regulamentado pelo Decreto-Lei 66/2015 (RJO), que disciplina as apostas esportivas à quota fixa online; apostas de cavalo; mútuas ou à quota fixa online; e os jogos de azar.

Essa legislação institui um regime de livre concorrência na autorização de exploração de jogos de azar online, que é feita mediante expedição de licença pelo prazo de três anos, que pode ser prorrogada por período sucessivo de três anos, caso mantidos os mesmos requisitos para a emissão da licença (arts. 12 e 20 do RJO).

³⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 402.

³⁵ SCHIRATO, Vítor Rhein. Livre iniciativa nos serviços públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 146.

A empresa candidata a uma licença de jogo de azar online deverá atender às condições de regularidade fiscal, idoneidade, capacidade técnica e econômico-financeira, bem como apresentar projeto de estruturação de sistema de jogo com as melhores práticas de arquitetura de software e tecnologia. Esse sistema deverá cumprir todas as exigências da regulação, como possuir a indicação do local onde ficará a plataforma do jogo, a identificação de intermediários de serviços em rede, a identificação das categorias e tipos de jogos e apostas online que serão explorados, os mecanismos de autoexclusão do jogo, os meios de permitir a efetiva proibição do jogo, os limites de apostas, a temporização do jogo, os meios de pagamento admitidos, o modo como são efetuados os registros de todos os movimentos da conta do jogador e os mecanismos de segurança da informação para garantir a segurança do sistema técnico do jogo e de seus dados (art. 13 do RJO).

Atendidos os requisitos legais, pagas as taxas e prestadas as garantias, é emitida a licença pela SRIJ (art. 17 do RJO). Isso é feito para todas as empresas interessadas e não para um número limitado de operadores, evidenciando a sujeição da atividade à livre iniciativa e a ausência de monopólio de alguns operadores.

Outros exemplos de modelos de autorização de exploração de apostas esportivas em regime de ampla competitividade e não exclusividade são encontrados em diversos locais dos Estados Unidos da América, tais como Colorado, Indiana, Iowa, Michigan, Nevada, New Jersey, Pennsylvania, Tennessee, Virginia e Virginia do Oeste.³⁶

Esse modelo de licenciamento com diversos operadores é a tendência mundial para a operação de jogos online, conforme estudo realizado pela *European Gaming and Betting Association* (EGBA). A associação apurou que dos 29 países do continente europeu, 25 deles utiliza licenciamento múltiplo, que permite a concorrência ampla entre diversos operadores dentro do mesmo país.

³⁶ Um resumo dos Estados com apostas online legalizada pode ser encontrado em: <https://www.actionnetwork.com/news/legal-sports-betting-united-states-projections>, acesso em 08/05/2021. Ainda, pode-se consultar: *International Comparative Legal Guides, Gambling 2020, Sixth Edition, United Kingdom, 2020*.

Constatou-se que a constituição de monopólio para jogos online é ineficaz e torna os sites não licenciados mais atraentes.³⁷

Os estudos técnicos e econômicos indicam haver maior vantagem na exploração das loterias em regime de ampla competição e não de exclusividade. Mais do que isso, a realidade do mercado comprova que não existe impossibilidade de prestação dos serviços lotéricos por mais de um operador, sendo imposição do princípio constitucional da livre iniciativa a sua delegação sem regime de exclusividade.

Por fim, existem também vantagens sociais decorrentes da exploração em regime de concorrência, especialmente a maior capilaridade que o modelo permite. Como não haverá disputa por uma concessão única, todo e qualquer operador que atender aos requisitos mínimos estabelecidos em Edital poderá explorar a atividade lotérica no Estado.

Nesse contexto, é possível que operadores menores também sejam igualmente habilitados. Aumenta-se, então, a oferta de produtos para a população e gera-se incentivo para ter operadores em todas as localidades do Estado. A consequência é maior competição e mais jogos para toda a população do Estado.

O aumento da competição também terá o efeito econômico de gerar mais arrecadação e, conseqüentemente, representará mais repasses financeiros para o Estado, que será destinados também para aplicação em políticas públicas voltadas para a população.

Essas são as principais vantagens do modelo proposto para o Cenário “B”.

7.7.3 Diferença entre os Cenários quanto às incertezas, problemas, riscos e incentivos

No modelo do Cenário “A”, apontamos como incertezas, problemas e riscos os seguintes:

- Contrato mais rigoroso e com obrigações contratuais mais intensas para garantir que o concessionário explore as atividades lotéricas em toda a sua potencialidade.

³⁷ Para maiores informações, conferir: <https://www.egba.eu/news-post/analysis-multi-licensing-has-become-europes-preferred-online-gambling-regulation-but-few-monopolies-remain/>.

- Necessidade de maior controle e fiscalização do Estado diante do maior número de obrigações impostas ao Estado.
- Inadimplemento da concessionária coloca em risco a exploração de toda a atividade lotérica – risco decorrente da concentração da atividade em operador único.

O maior incentivo desse modelo é a garantia de exclusividade a determinado operador, que pode atrair operadores muito qualificados e com grande capacidade econômico-financeira.

Já no modelo do Cenário “B”, os riscos, problemas e riscos existentes são os seguintes:

- Questionamento do modelo por ser mais inovador.
- Menor nível de exigência de metas e desempenho dos operadores pode ter como efeito a ausência de desenvolvimento pleno do mercado.
- Potencial maior volume de concessionárias, o que pode gerar maiores gastos do Estado com fiscalização e gestão contratual.

Por sua vez, esse modelo “B” apresenta grande incentivo para os operadores terem o melhor desempenho econômico possível, permitindo que os serviços lotéricos sejam amplamente explorados e em todas as suas formas.

Além disso, o inadimplemento ou o insucesso de um operador não terá efeitos sobre toda a atividade lotérica porque outros operadores compensarão essa perda decorrente da falha desse operador. Ou seja, há maior chance de êxito na arrecadação de recursos para o Estado.

7.7.4 Comparação dos modelos

As vantagens e riscos de cada modelo apontado acima permite uma comparação das duas estruturas propostas.

O modelo do Cenário “A” traz um modelo de exclusividade que vai exigir mais sofisticação e acompanhamento por parte do Poder Concedente. Será necessário criar um regulamento do serviço detalhado, ter um contrato bastante minuciosa e fazer um acompanhamento intenso da execução do contrato. O risco

de não se fazer isto é o mercado lotérico potencial não ser adequadamente explorado, diante da exclusividade assegurada à concessionária.

Ou seja, o sucesso da Loteria do Estado de São Paulo estará vinculado a três fatores principais: (i) capacidade e qualidade da concessionária vencedora da licitação; (ii) qualidade dos regulamentos do serviço e do contrato; (iii) fiscalização constante e intensa do contrato pelo Poder Concedente. A deficiência em qualquer um dos três fatores poderá afetar significativamente o resultado financeiro da concessão.

Por sua vez, o modelo do Cenário “B” retira em grande medida a influência do Estado no sucesso das concessionárias, deixando margem de liberdade para que elas desenvolvam suas atividades com êxito. Os três fatores necessários para o sucesso do modelo do Cenário “A” são mitigados no Cenário “B”, uma vez que podem existir diversos operadores, sendo que a falha de um pode ser compensada pelos demais.

Por outro lado, a existência de um mercado competitivo com diversos operadores torna menos necessária o intenso controle sobre a atividade das concessionárias, sendo prescindível a previsão de indicadores de desempenho e a fiscalização quanto ao seu cumprimento. O Poder Concedente fica restrito a acompanhar o cumprimento de requisitos mínimos e de assegurar a concorrência mediante autorização de novos operadores que sejam capazes de ingressar no mercado.

A diferença na lógica de atuação do Poder Concedente é também muito apropriada para um setor econômico com pouco desenvolvimento no país e que o Poder Concedente não detém informações suficientes para regular de maneira intensa.

A assimetria de informações entre o Poder Concedente e os operadores de jogos lotéricos é sensivelmente maior do que em serviços já consolidados, o que dificulta uma regulação minuciosa e detalhada dos serviços pelo Poder Concedente que seja também eficiente e adequada. O risco de se produzir uma regulação que impacte negativamente o sucesso da concessão e dificulte o alcance do potencial pleno da Loteria do Estado de São Paulo é maior por conta disso.

Nesse cenário, mostra-se mais adequado um modelo que atribua à concessionária as responsabilidades e obrigações relativas à forma de execução do serviço. Retira-se do Poder Concendente a função de dizer como o serviço deve ser realizado e quais metas devem ser atendidas, atribuindo-lhe a competência fiscalizatória para apurar o cumprimento de requisitos mínimos de qualidade do serviço.

Portanto, a avaliação comparativa dos modelos conclui que a estrutura proposta para o Cenário “B” mostra-se mais adequada para a delegação da Loteria do Estado de São Paulo para a iniciativa privada.

7.8. Diretrizes para viabilização dos modelos propostos

7.8.1 Diretrizes indispensáveis

As diretrizes indispensáveis para viabilização dos modelos propostos são as seguintes:

- Regulamentação do serviço

Em qualquer um dos modelos, é indispensável a regulamentação das atividades lotéricas. O que muda entre os modelos é o nível de detalhamento desse regramento, devese ser mais minucioso no Cenário “A” para garantir a adequada exploração máxima do potencial da atividade lotérica.

Em ambos os casos, deve-se disciplinar as modalidades lotéricas que podem ser exploradas, os valores de payout e de repasse ao Estado e a sua metodologia de cálculo, o que deve ser realizado mediante edição de decreto. Também devem ser estabelecidas regras técnicas e operacionais para assegurar a segurança da operação para os usuários e para o Estado – o que pode estar previsto no contrato e/ou em decreto regulamentador.

- Submissão do Edital e dos estudos para consulta pública

Deve-se submeter o Edital dos Processos de Contratação para consulta pública, em conjunto com os estudos técnicos, jurídico e financeiro, para discussão com os operadores e com a população. Trata-se de requisito indispensável.

- Previsão de requisitos de habilitação jurídica, qualificação técnica e econômico-financeira adequados

Devem ser previstos requisitos adequados de habilitação jurídica, qualificação técnica e econômico-financeira para garantir o sucesso da delegação da Loteria do Estado de São Paulo em qualquer caso.

Em relação à habilitação jurídica, sugere-se a previsão de constituição de uma SPE para a concessionária e a dispensa de obrigatoriedade de apresentação de decreto de autorização por empresas estrangeiras.

Como as licitantes não serão partes do contrato, mas acionistas da empresa concessionária, deixa de ser necessário exigir do licitante estrangeiro a regularização no Brasil para participar do processo de contratação, uma vez que as empresas estrangeiras são dispensadas de obter autorização para funcionar no país quando elas são acionistas de empresas de sociedade anônima.

Esse é o entendimento de RAFAEL WALLBACH SCHWIND:

“Se uma empresa estrangeira integra consórcio que se sagra vencedor em uma licitação, e se tal consórcio constituirá no Brasil uma sociedade de propósito específico brasileira para fins de execução do contrato, será desnecessário que a empresa estrangeira comprove deter autorização governamental para funcionamento no Brasil.”(SCHWIND, Rafael Wallbach. Licitações internacionais: participação de estrangeiros e licitações realizadas com financiamento externo. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 55).

Por isso, deverá ser previsto a obrigatoriedade de constituição de SPE na forma de sociedade anônima para que seja possível a dispensa do decreto de autorização.

Em relação à qualificação técnica, deve-se exigir a comprovação de experiência anterior no setor.

Sugere-se como diretriz a previsão de que a empresa comprove operar ou já ter operado qualquer espécie de jogo lotérico, em qualquer território, ou atividade considerada similar em termos de capilaridade ou de operação, em área que abranja (i) mais de um município, no mínimo; (ii) população equivalente a mais de 2 milhões de pessoas; (iii) e que contenha, no mínimo, 100 (cem) pontos de venda.

Deve-se exigir também que o operador contenha certificações que garantam a confiabilidade do seu sistema.

Ainda, deve-se exigir que o operador comprove já ter realizado processos de extração de números auditados e que tem experiência na realização de jogos simultâneos.

Essa comprovação pode ser realizada por meio de atestados emitidos por pessoas jurídicas de direito público e direito privado ou por meio de apresentação de documento emitido pelo próprio operador que demonstre o atendimento a esse requisito.

Além disso, essa experiência pode ser comprovada mediante a combinação de atestados por empresas em consórcio.

Por fim, quanto à qualificação econômico-financeira, sugere-se como diretriz indispensável a comprovação de que os operadores possuem Patrimônio Líquido equivalente a 1% (um por cento) do valor estimado da contratação.

- Obrigatoriedade de contratação de seguros

É indispensável a previsão de oferecimento de garantias, como a contratação de seguros, para assegurar o cumprimento das obrigações contratuais.

A estrutura de garantia do modelo proposto deverá contemplar a possibilidade de o particular utilizar qualquer uma das modalidades previstas no §1º do art. 56 da Lei 8.666 ou do §1º, do art. 96, da Lei 14.133/2021.

Recomenda-se exigir a prestação de garantia anterior ao momento da assinatura do contrato, como condição para tanto. Se a contratação for realizada à luz da Lei 14.133/2021, essa recomendação é uma obrigação presente no §3º, do art. 96, do citado diploma legal. Com isso, mitiga-se riscos de o particular não conseguir obter a garantia e o contrato ter que ser rescindido.

O ponto mais sensível encontra-se na definição do valor da garantia, especialmente em razão de dois fatores: (i) alto custo das garantias, que podem impactar na viabilidade econômico-financeira do projeto; e (ii) instauração de

mercado competitivo com diversos agentes econômicos, não havendo garantia de arrecadação para cada empresa.

Com isso, surge a dificuldade de definir com precisão qual será o valor objeto de garantia. Essa dificuldade é majoritariamente sanada na utilização do valor dos repasses devidos ao Estado ao longo da contratação estimados por cada operador, tal como sugerido acima como parâmetro de valor do contrato.

Essa metodologia da definição do valor da contratação assegura que as garantias prestadas não sejam excessivas e desarrazoadas, o que poderia comprometer a viabilidade das contratações. Nesse sentido, MARÇAL JUSTEN FILHO leciona que as garantias representam um encargo econômico-financeiro para o particular e que ela pode inviabilizar a contratação e impedir a livre participação os interessados, se não for bem dimensionada:

“Sob outro enfoque, porém, a prestação de garantias representa um encargo econômico para o particular. Para promover a garantia, é obrigado a desembolsar recursos. Em alguns casos, as dimensões desse encargo podem atingir valores muito elevados. Isso poderia inviabilizar a contratação porque o particular, muito embora em condições de desempenhar suas prestações, não disporia de recursos para arcar com o custo da garantia. Assim, a exigência de garantias vultosas poderia ser instrumento de impedimento à livre participação dos interessados.” (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 17ª ed., 2016, p. 1099)

Na mesma linha, MAURÍCIO PORTUGAL RIBEIRO aponta que os valores das garantias em contratos de concessão devem ser compatíveis com o que é praticado no mercado, para não inviabilizar o projeto:

“O valor das garantias de cumprimento do contrato, completion guarantee ou performance bond, deve ser definido caso a caso, projeto a projeto, e, para isso, é importante verificar os padrões do setor e consultar um especialista em garantias de cumprimento de contratos para o setor específico no qual o projeto se insere”. (Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011, p. 130.).

Assim, a estrutura de garantias que o valor da contratação não deve abranger todo o valor arrecadado pelos particulares, para não gerar encargos

desnecessários às concessionárias e sobrecarregar financeira os contratos administrativos.

As garantias também não devem abranger todo o potencial de mercado do Estado de São Paulo estimado no Estudo de Viabilidade Econômico-Financeira, mas deve contemplar as estimativas de repasses realizadas pelos particulares, podendo ser ajustadas ao longo da contratação, se necessário.

Em relação ao valor da garantia, sugerimos que seja exigida garantia de 0,5% sobre o valor da contratação, isto é, sobre o valor estimado de repasses ao Estado durante o prazo de concessão pelo particular.

- A necessidade de garantia de prazo mínimo

Também é imprescindível que seja previsto prazo mínimo dos contratos para assegurar a amortização dos investimentos e para garantir uma taxa de rentabilidade minimamente atrativa para o mercado. O prazo sugerido a partir dos estudos de viabilidade econômico-financeira é de 20 (vinte) anos.

- Necessidade de apresentação de plano de negócio e valor do contrato – Cenário “B”

No modelo proposto no Cenário “B”, é indispensável a previsão da exigência de que os interessados apresentem um plano de negócios com a estimativa de investimentos e de arrecadação que pretende explorar.

Tal plano de negócio deverá conter os jogos que serão explorados e qual a estimativa de arrecadação pelo particular durante o prazo de concessão e, especialmente, quanto o particular pretende repassar ao Estado. É esse valor que deverá ser considerado o valor da contratação e ser a base de cálculo das garantias prestadas pelo particular.

Caso o particular não alcance a arrecadação prevista no seu plano de negócio, não deverá haver nenhuma espécie de sanção, tratando-se de estimativa do particular e não de compromisso dele. Não obstante, devem ser apresentados estudos sérios e fundamentados, cujos requisitos devem constar no edital.

Por outro lado, o valor da contratação não deve ser correspondente ao valor total que será arrecadado para o particular, pois o grande volume financeiro operacional elevaria indevidamente o valor da contratação e colocaria em prejuízo diversos aspectos contratuais e procedimentais, como a prestação de garantias.

Em contratos administrativos de colaboração, é mais simples visualizar que o valor do contrato é o que o particular receberá como contrapartida financeira pelo desempenho de um serviço ou a entrega de um bem, por exemplo.

No entanto, em contratos de delegação, a questão ganha contornos mais complexos, pois não necessariamente o valor que o particular receberá como contrapartida pela exploração do serviço concedida ou o valor que ele arrecadará por conta dessa exploração corresponderão ao valor da contratação.

Isso porque o valor atribuído ao contrato tem efeitos práticos relevantes, seja na definição de parâmetros para a qualificação econômico-financeira dos interessados em contratar, seja na definição do valor das garantias que deverão ser prestados ao particular.

Por isso, é imprescindível a cautelar na definição do que é o valor da contratação, sob pena de se sobrecarregar financeiramente o contratado e colocar em risco a viabilidade econômico-financeira do projeto de concessão.

Nesse sentido, cite-se duas decisões tomadas pelo TCU em análise de processos de concessão de rodovias federais em que se apontou que o valor do contrato não é sempre o valor arrecadado pelo concessionário. Recomendou-se que, em contratações futuras, seja utilizado como parâmetro para o valor do contrato o valor de investimentos realizados pelos particulares e não o que será arrecadado. Com isso, a exigência de patrimônio líquido exigido para comprovar a qualificação econômico-financeiro seria mais razoável. Confira-se:

156. O edital de licitação trabalhou com a hipótese de que o valor total contratado equivale à soma das receitas previstas. Essa consideração repercute diretamente no patrimônio líquido mínimo exigido de cada licitante, limitado legalmente a 10% do valor estimado da contratação. Ocorre que as concessões de serviço público não possuem valor definido de contrato e o critério utilizado eleva em muito o patrimônio líquido exigido, o que pode inibir o caráter competitivo do certame. Ante o aparente vácuo legislativo acerca da questão

e considerando que o programa de investimentos é tão mais importante que as receitas advindas do empreendimento, a interpretação por analogia de dispositivos legais e de itens do edital leva-nos a assumir que **a soma total dos investimentos realizados durante todo o período da concessão deve ser considerada como valor estimado da contratação. (parágrafos 97 a 103)** (...)

Assim, e em face de meu entendimento quanto ao que deve ser considerado como valor do contrato, creio que a melhor solução, que igualmente atende ao interesse público, não seja a de determinar-se ao DNER que adote nova compreensão para o que venha a ser considerado como o valor do contrato, mas sim de que se **determine à mesma autarquia que, nos próximos procedimentos licitatórios que venha a realizar, estipule o percentual a ser fixado como limite máximo para exigência de patrimônio líquido em função do valor absoluto dos investimentos previstos.** (Decisão 587/2001, rel. Walton Alencar, Plenário, j. em 22/08/2001).

31. Assim, e em face de meu entendimento quanto ao que deve ser considerado como valor do contrato, creio que a melhor solução, que igualmente atende ao interesse público, não seja a de determinar-se ao DNER que adote nova compreensão para o que venha a ser considerado como o valor do contrato, mas sim de que se determine à mesma autarquia que, nos próximos procedimentos licitatórios que venha a realizar, estipule o percentual a ser fixado como limite máximo para exigência de patrimônio líquido em função do valor absoluto dos investimentos previstos. (Decisão 586/2001, rel. Walton Alencar, Plenário, j. em 22/08/2001).

Diante disso, o valor de cada instrumento contratual deverá considerar os valores estimados que serão repassados ao Estado. Reputa-se ser esse o melhor critério por três motivos.

Primeiro, porque se trata da principal obrigação financeira que interessa ao Estado garantir que seja cumprida. A inadimplência do particular em repassar os valores devidos ao Estado deve ser devidamente garantida para não ocorrer prejuízo ao erário.

Em segundo lugar, os valores de investimentos previstos são muito ínfimos comparados ao valor total da arrecadação que será repassada ao Estado, tornando desnecessária a garantia sobre esse montante.

Em terceiro, é incompatível considerar o valor total da arrecadação. Isso abrangeria valores de capital de giro e de custos do particular, além da premiação dos apostadores. Por conseguinte, teríamos um valor bastante elevado da contratação, que não demandam garantia específica. Não há justificativa de se exigir que as concessionárias arquem com o custo de garantia sobre os seus custos para explorar a atividade lotérica, por exemplo.

Por isso, consideramos mais apropriado considerar apenas os valores estimados de repasse ao Estado como valor da contratação e como base de cálculo das demais obrigações contratuais.

- Exigência de certificações operacionais

É uma diretriz imprescindível a apresentação de documentos que comprovem o atendimento de requisitos de qualidade técnica mínimos, especialmente quanto à segurança dos sistemas, proteção de dados, governança corporativa (compliance) e políticas contra a lavagem de dinheiro.

As exigências necessárias serão expostas no item abaixo.

- Indicadores de desempenho para o Cenário “A”

Na hipótese de se optar pelo modelo do Cenário “A”, é necessário prever indicadores de desempenho da concessionária e as correspondentes sanções pelo seu não atendimento de forma suficiente.

Esses indicadores de desempenho são fundamentais para garantir que a concessionária que operar a loteria em regime de exclusividade o faça da maneira mais eficaz possível, garantindo o retorno financeiro esperado e projetado pelo Estado.

- Matriz de riscos

Também é importante a previsão de uma matriz de riscos, com a sua adequada alocação entre Poder Concedente e Concessionária. Esse tema será aprofundado abaixo.

- Regime de indenização por investimentos não amortizados

Outra diretriz indispensável para viabilizar os modelos propostos é o estabelecimento do regime de indenização por investimentos não amortizados em caso de rescisão prematura do contrato. Essa diretriz é ainda mais imprescindível no modelo proposto do Cenário “B”, caso se opte por um regime de permissão de serviço público. Trata-se de exigência indispensável para conferir segurança jurídica ao empreendimento e torná-lo atrativo aos investidores.

7.8.2 Diretrizes convenientes

As diretrizes convenientes para a viabilização dos modelos propostos são:

- Previsão de regras de resolução de conflitos por mediação e arbitragem

Sugere-se a previsão de regras de resolução de conflitos por mediação e arbitragem, por se tratar de sistema capaz de produzir decisões rápidas e tecnicamente mais adequadas. Essa sistemática torna o projeto mais atrativo ao mercado.

- Detalhamento de sanções e procedimento de fiscalização dos contratos

A previsão do regime de fiscalização e sancionamento é imprescindível, mas também é recomendado que esse regime seja o mais detalhado o possível, de modo a diminuir potenciais conflitos entre concessionária e Poder Concedente.

- Regras detalhadas sobre a recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro

A previsão de regras detalhadas sobre as hipóteses de reequilíbrio econômico-financeiro e as formas de recompô-lo é também conveniente, ainda mais no modelo de exclusividade do Cenário “A”.

7.8.3 Diretrizes inadmissíveis

- Previsão de valor excessivo de outorga que comprometa a viabilidade financeira do empreendimento.

- Previsão de valores de seguros em valores excessivos, o que também pode acarretar a viabilidade do empreendimento.
- Concessão em regime de exclusividade da modalidade de loteria das apostas de quota fixa, pois viola texto expresso de lei.

7.9. Providências necessárias para viabilizar as forma de contratação

As providências necessárias para viabilizar as formas de contratação são as seguintes:

- Edição de Decreto regulamentando as modalidades lotéricas passíveis de serem exploradas e fixando os percentuais de payout mínimo e de repasse ao Estado.
- Organização administrativa interna do Estado para atribuição de competências de fiscalização e gestão dos contratos para órgãos da Administração Pública Estadual.
- Elaboração de Edital e submissão à consulta pública.
- Publicação do Edital e gestão dos processos de contratação pública.
- Assinatura do contrato e gestão dos contratos de concessão ou permissão de serviço público.

7.10. Análise SWOT

A análise SWOT das modalidades recomendadas para os dois cenários tem objetivo auxiliar o processo de tomada de decisão sobre modelo regulatório que deverá ser adotado.

Além das características específicas de cada modelo, também se elencou elementos gerais da própria loteria estadual, que são comuns a ambos os modelos. Por isso, existem alguns itens idênticos nas duas análises SWOT. A seguir, os resumos das análises.

7.10.1 Análise SWOT do modelo do Cenário “A”

FORÇAS

- Atratividade para grandes operadores

A maior força do modelo de exclusividade é a sua atratividade para grandes operadores, que estão dispostos a pagar altos valores para ter monopólio de determinado mercado.

- Tradição de jogos lotéricos e população com costume de realizar apostas

O Estado de São Paulo e o Brasil possuem uma tradição de apostas em jogos lotéricos, o que é comprovado pelo amplo sucesso econômico e constante crescimento das loterias federais.

O estudo de demanda comprovou que essa tradição de jogos no Estado é representada por um alto percentual de apostadores na população pernambucana, representando um grande mercado potencial a ser explorado.

Trata-se de uma força significativa para a implantação de uma loteria estadual, que conta essa tradição de jogos lotéricos e com um alto índice de apostadores.

FRAQUEZAS

- Inexistência de marca e identidade da Loteria Estadual

A inexistência de uma loteria estadual consolidada, com identidade e marcas reconhecidas pelo público é uma fraqueza do projeto. Isso demandará maior investimento dos operadores para o fortalecimento da Loteria estadual em São Paulo.

- Concorrência

Os concorrentes representam uma fraqueza das loterias estaduais. Existem três grandes concorrentes: (i) Loteria Federal; (ii) Mercado offshore; e (iii) mercado ilegal.

A Loteria Federal é um concorrente direto e que possui posicionamento e amplo sucesso comercial.

O mercado *offshore*, especialmente de apostas esportivas, é bastante ativo e poderá competir diretamente com a loteria estadual.

O mercado ilegal também é um concorrente que representa uma fraqueza para a operação da Loteria Estadual.

OPORTUNIDADES

- Mercado legal subexplorado

O mercado legal de jogos lotéricos e apostas esportivas é subexplorado atualmente, havendo intensa atividade ilegal e exploração das atividades por empresas internacionais não regularizadas nacionalmente.

A instituição de uma loteria estadual que propicia um ambiente regulatório provido de segurança jurídica e com atratividade para diversos operadores, especialmente estrangeiros que já possuem operação offshore, representa uma grande oportunidade para exploração das loterias estaduais em São Paulo.

- Ausência de exploração regulada das apostas esportivas

A ausência de exploração regulada das apostas esportivas no Estado de São Paulo e no Brasil representa uma grande oportunidade para a implantação da loteria estadual.

- Inexistência das loterias instantâneas

A inexistência de loterias instantâneas exploradas atualmente também é uma excelente oportunidade de desenvolvimento de novos produtos lotéricos e de seu crescimento no Estado.

AMEAÇAS

- Questionamento sobre a viabilidade de modelo sem exclusividade

Uma ameaça específica ao modelo do Cenário “A” de exclusividade é o questionamento jurídico da sua viabilidade, uma vez que a regra geral da Lei 8.987/1995 é a concessão sem exclusividade, salvo em casos de inviabilidade técnica ou econômica devidamente justificada.

Como os estudos demonstram a viabilidade da concessão sem exclusividade, existe uma provável ameaça de questionamento jurídico desse modelo proposto para o Cenário “A”.

- Disputas sobre o modelo com a União

Uma das grandes ameaças em relação ao modelo proposto é a resistência da União em relação à estrutura e as regras propostas. Isso pode acarretar disputas políticas e/ou judiciais com a União.

- Alteração de normas do setor pela União

A União é detentora de competência legislativa exclusiva para legislar sobre a matéria de loteria. Isso representa uma ameaça porque a União pode alterar as regras vigentes que impactem significativamente a operação.

- Resistência política local

Uma ameaça é a resistência política no âmbito do Estado ou nos municípios, o que pode acarretar a criação de leis estaduais que podem trazer impacto na operação das loterias. Por exemplo, pode-se proibir o funcionamento de casas lotéricas em determinados locais ou atividades, afetando o seu potencial financeiro.

- Órgãos de controle

Os órgãos de controle representam uma ameaça porque a estrutura para instaurar e operar loteria estadual é recente e não possui muitos precedentes que possam conferir maior previsibilidade sobre as decisões dos órgãos de controle. Isso pode implicar alterações no modelo proposto e impactar na sua atratividade para o mercado.

Forças	Fraquezas
<p>Atratividade para grandes operadores</p> <p>Tradição de jogos lotéricos e população com costume de realizar apostas</p>	<p>Inexistência de marca e identidade da Loteria Estadual</p> <p>Concorrência</p>
Oportunidades	Ameaças
<p>Mercado legal subexplorado</p> <p>Ausência de exploração regulada das apostas esportivas</p> <p>Inexistência das loterias instantâneas</p>	<p>Questionamento sobre a viabilidade de modelo sem exclusividade</p> <p>Disputas sobre o modelo com a União</p> <p>Alteração de normas do setor pela União</p> <p>Resistência política local</p> <p>Órgãos de controle</p>

7.10.2 Análise SWOT do modelo do Cenário “b”

FORÇAS

- Existência de barreira de entrada

Mesmo sem exclusividade, a necessidade de comprovação de habilitação jurídica e qualificação técnica e econômico-financeira representa uma barreira de entrada relevante para o mercado da loteria, representando uma força para os interessados.

- Ambiente concorrencial

A criação de barreira de entrada não implica instituição de monopólio e incentivo a estagnação. O modelo proposto propicia a instauração de um ambiente

concorrencial, em que os operadores interessados terão grande margem de liberdade para explorar a loteria da melhor forma possível para captar maior parcela do mercado

A instauração de ambiente concorrencial também propicia maior capilaridade e potencializa a arrecadação de recursos por meio da exploração das atividades lotéricas.

- **Capilaridade**

A maior liberdade e a possibilidade de ser ter mais operadores no modelo do Cenário “B” permite também uma maior capilaridade das atividades, oferecendo serviços lotéricos para a maior população possível.

- **Tradição de jogos lotéricos e população com costume de realizar apostas**

O Estado de São Paulo e o Brasil possuem uma tradição de apostas em jogos lotéricos, o que é comprovado pelo amplo sucesso econômico e constante crescimento das loterias federais.

O estudo de demanda comprovou que essa tradição de jogos no Estado é representada por um alto percentual de apostadores na população pernambucana, representando um grande mercado potencial a ser explorado.

Trata-se de uma força significativa para a implantação de uma loteria estadual, que conta essa tradição de jogos lotéricos e com um alto índice de apostadores.

FRAQUEZAS

- **Inexistência de marca e identidade da Loteria Estadual**

A inexistência de uma loteria estadual consolidada, com identidade e marcas reconhecidas pelo público é uma fraqueza do projeto. Isso demandará maior investimento dos operadores para o fortalecimento da Loteria estadual em São Paulo.

- Concorrência

Os concorrentes representam uma fraqueza das loterias estaduais. Existem três grandes concorrentes: (i) Loteria Federal; (ii) Mercado offshore; e (iii) mercado ilegal.

A Loteria Federal é um concorrente direto e que possui posicionamento e amplo sucesso comercial.

O mercado *offshore*, especialmente de apostas esportivas, é bastante ativo e poderá competir diretamente com a loteria estadual.

O mercado ilegal também é um concorrente que representa uma fraqueza para a operação da Loteria Estadual.

OPORTUNIDADES

- Mercado legal subexplorado

O mercado legal de jogos lotéricos e apostas esportivas é subexplorado atualmente, havendo intensa atividade ilegal e exploração das atividades por empresas internacionais não regularizadas nacionalmente.

A instituição de uma loteria estadual que propicia um ambiente regulatório provido de segurança jurídica e com atratividade para diversos operadores, especialmente estrangeiros que já possuem operação offshore, representa uma grande oportunidade para exploração das loterias estaduais em São Paulo.

- Ausência de exploração regulada das apostas esportivas

A ausência de exploração regulada das apostas esportivas no Estado de São Paulo e no Brasil representa uma grande oportunidade para a implantação da loteria estadual.

- Inexistência das loterias instantâneas

A inexistência de loterias instantâneas exploradas atualmente também é uma excelente oportunidade de desenvolvimento de novos produtos lotéricos e de seu crescimento no Estado.

AMEAÇAS

- Disputas sobre o modelo com a União

Uma das grandes ameaças em relação ao modelo proposto é a resitência da União em relação à estrutura e as regras propostas. Isso pode acarretar disputas políticas e/ou judiciais com a União.

- Alteração de normas do setor pela União

A União é detentora de competência legislativa exclusiva para legislar sobre a matéria de loteria. Isso representa uma ameaça porque a União pode alterar as regras vigentes que impactem significativamente a operação.

- Resistência política local

Uma ameaça é a resistência política no âmbito do Estado ou nos municípios, o que pode acarretar a criação de leis estaduais que podem trazer impacto na operação das loterias. Por exemplo, pode-se proibir o funcionamento de casas lotéricas em determinados locais ou atividades, afetando o seu potencial financeiro.

- Órgãos de controle

Os órgãos de controle representam uma ameaça porque a estrutura para instaurar e operar loteria estadual é recente e não possui muitos precedentes que possam conferir maior previsibilidade sobre as decisões dos órgãos de controle. Isso pode implicar alterações no modelo proposto e impactar na sua atratividade para o mercado.

Forças	Fraquezas
<p>Existência de barreira de entrada</p> <p>Ambiente concorrencial</p> <p>Capilaridade</p> <p>Tradição de jogos lotéricos e população com costume de realizar apostas</p>	<p>Inexistência de marca e identidade da Loteria Estadual</p> <p>Concorrência</p>
Oportunidades	Ameaças
<p>Mercado legal subexplorado</p> <p>Ausência de exploração regulada das apostas esportivas</p> <p>Inexistência das loterias instantâneas</p>	<p>Disputas sobre o modelo com a União</p> <p>Alteração de normas do setor pela União</p> <p>Resistência política local</p> <p>Órgãos de controle</p>

7.11. Modelo jurídico recomendado

Diante de todo o exposto, o modelo jurídico recomendado é o que foi proposto para o Cenário “B”: contratação sem regime de exclusividade em sistemática equivalente a um processo de credenciamento.

Primeiro, trata-se do modelo mais adequado para instaurar um regime concorrencial efetivo para exploração da Loteria do Estado de São Paulo, o que é obrigatório para exploração das apostas de quota fixa.

Em segundo lugar, o regime de concorrência atende ao princípio da livre iniciativa e a regra do art. 16 da Lei 8.987/1995, admitindo-se a concessão com exclusividade apenas quando houver inviabilidade técnica ou econômica. Os estudos técnicos e econômicos demonstram justamente que não existe inviabilidade da concessão em regime de concorrência, tornando-se obrigatória a sua delegação nesse formato.

Terceiro, a exploração em regime de concorrência possui maior potencial de exploração da Loteria do Estado de São Paulo e, conseqüentemente, apresenta resultados financeiros mais atrativos.

Quarto, a gestão e fiscalização dos contratos em regime de concorrência é mais simplificada e o Poder Concedente fica menos sujeito às adversidades da assimetria de informações, não tendo que interferir intensamente na forma como os serviços serão explorados pelos concessionários.

Diante disso, recomenda-se a adoção do modelo propost para o Cenário “A” de ampla concorrência mediante processo de credenciamento.

8. CERTIFICAÇÕES APLICÁVEIS AO SERVIÇO DE LOTEIRA

As certificações aplicáveis ao serviço de loteria e que podem ser exigidas das concessionárias são as seguintes:

- (i) Certificação ISO 27.001 relativa à norma do sistema de gestão da segurança de informação (ISMS – Information Security Management System).
- (ii) Certificação pela norma de controle de segurança emitida pela Associação Mundial de Loterias (World Lottery Association Security Control Standard – WLA-SCS)
- (iii) Certificação de jogo responsável emitido pela Associação Mundial de Loterias (World Lottery Association Security Control Standard – WLA-SCS) - nível 2.
- (iv) Certificação ISSO 37.001 de comprovação de sistema de gestão antissuborno.

Deve-se exigir que os operadores detenham todas as exigências específicas realizada por cada uma dessas certificações no momento do protocolo dos documentos de habilitação (Cenário “A”) ou juntamente com o requerimento de credenciamento (Cenário “B”).

Não se deve exigir que os interessados possuam as certificações, pois se trata de medida ilegal, conforme entendimento da doutrina, TCU e da jurisprudência:

Nesse sentido, MARÇAL JUSTEN FILHO leciona que não se pode admitir a vedação de participação de processo de contratação de empresas não certificadas:

“Para concluir, nada impede que o ato convocatório preveja a certificação como evidência de habilitação. O que não se admite é a vedação de participação das empresas não certificadas. Dever-se-á assegurar aos interessados, mesmo não dispondo de certificação, a faculdade de comprovar sua idoneidade para execução do objeto licitado. Tal se passará, evidentemente, nos casos em que a certificação não se configurar como dispensável para o desempenho de uma certa atividade” (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 17ª ed., 2016, p. 741).

A jurisprudência do TCU é pacífica em entender que é ilegal a previsão de que as licitantes sejam certificadas pela ISO como requisito de habilitação, confira-se:

Os editais de licitação não devem incluir cláusulas em que a certificação ISO e outras semelhantes sejam empregadas como exigências para habilitação ou como critério para desclassificação de propostas. “(Acórdão 1612/2008, Plenário, Rel. Benjamin Zymler).

8. A jurisprudência deste Tribunal tem sido firme quanto a ilegalidade de se exigir certificação de qualidade como requisito de habilitação em procedimentos licitatórios, aceitando apenas a possibilidade da sua previsão no edital como critério de pontuação técnica. O art. 27 da Lei 8.666/1993 estabelece que, para a habilitação, é permitido exigir dos interessados, exclusivamente, documentação relativa à habilitação jurídica, qualificações técnica, fiscal e econômico-financeira, além da regularidade fiscal, em cumprimento ao disposto no inc. XXXIII do art. 7.º da CF/1988. (Acórdão 2.173/2011, Plenário, rel. Min. Marcos Bemquerer Costa).

É vedada a exigência de certificados da série ISO 9000, pois importa em restrição ilegal ao caráter competitivo do certame. (Acórdão 1708/2003, Plenário, Rel. Marcos Vinícios Vilaça).

De igual modo, diversos Tribunais de Justiça reputam ilegal a previsão de certificação da licitante como requisito de habilitação. Tome-se por exemplo recente decisão do Tribunal de Justiça da Bahia:

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE CONCEDEU A TUTELA DE URGÊNCIA

REQUERIDA. ARTIGO 37, XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL C/C ARTIGO 2º, CAOUT E O §1º, I, DA LEI 8.666/93. CERTIFICADO ISSO NÃO POED SER UTILIZADO PARA FRUSTRAR O CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME. PRECEDENTES DO TCU. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO MANTIDA. (TJBA, AI 8009654-25.2021.8.05.0000, rel. Des. Baltazar Saraiva, h. em 06/07/2021).

Diante disso, sugere-se que seja exigido que os licitantes comprovem atender aos requisitos previstos em cada uma das certificações, por qualquer um dos seguintes meios: (i) apresentação da certificação exigida; (ii) apresentação de certificação equivalente; (iii) apresentação de parecer de especialista técnica que indique o atendimento das exigências da certificação, sob responsabilidade técnica pessoal; ou (iv) apresentação da documentação comprobatória do atendimento dos requisitos de cada certificação, com a apresentação de relatório produzido pela própria empresa indicando de que modo cada documento comprova o cumprimento das normas técnicas.

Depois de assinado o contrato, deve-se exigir que a concessionária realize o processo de certificação em nome da SPE, o qual deve ser iniciado em 60 (sessenta) dias a partir da data da assinatura do contrato e deve ser encerrado no prazo máximo de 18 (dezoito) meses, contado dos requerimentos de certificação.

Esse prazo deverá ser prorrogado se a concessionária demonstrar que está adotando todas as providências necessárias para obter as certificações, bem como comprovar atender aos requisitos exigidos pelas certificações.

A concessionária deverá manter as certificações ao longo da concessão e deverá atualizá-las quando houver a edição de normativos novos.

9. MAPEAMENTO E PROPOSTA DE ALOCAÇÃO DE RISCOS DO PROJETO

Os riscos mapeados para o projeto não representam diferença relevante entre os Cenários “A” e “B”. Assim, seguem os riscos que foram mapeados para a Loteria do Estado de São Paulo, com a sua respectiva alocação. Ao final, encontra-se quadro de matriz de risco.

Primeiramente, é necessário distinguirmos riscos de incertezas. As incertezas são imensuráveis enquanto os riscos podem ser medidos.³⁸ Assim, apesar de incerta a ocorrência dos riscos, é possível determinar previamente a sua existência, quantificá-los e precificá-los. Com efeito, parte-se do pressuposto de que toda atividade empresarial contém um risco, que é identificado e precificado, integrando o custo do projeto objeto de investimentos privados.³⁹

A ausência de identificação e quantificação dos riscos é uma provável fonte de problemas na execução do contrato de delegação de serviço público, o que impõe essa análise de forma prévia.

Por outro lado, após identificados, os riscos devem ser atribuídos a parte que possui maior capacidade de gerenciar a sua prevenção ou minimizar os prejuízos decorrentes da sua materialização. Com essa atribuição racional dos riscos, tem-se como efeito a diminuição do custo global da matriz de riscos, tornando o modelo contratual mais eficiente.⁴⁰ Com isso em consideração, propusemos uma distribuição dos riscos do projeto que parece ser a mais adequada. Vejamos.

1. RISCOS TÉCNICOS E OPERACIONAIS

O primeiro conjunto de riscos existente no projeto em discussão são os riscos derivados da execução técnica e operacional das loterias, isto é, da gestão das loterias. São aqueles riscos que dizem respeito ao objeto de delegação em si e não a situações secundárias. Esse conjunto de riscos tem amplitude bastante grande, variando desde planejamento econômico-financeiro do contrato, passando por dificuldades tecnológicas e incluindo defeitos ou problemas em produtos lotéricos. Em suma, é tudo o que diz respeito à operação da loteria.

Nesse conjunto, também estão inseridos riscos decorrentes de erros de premiação ou reclamação a respeito da premiação realizada por apostadores. De

³⁸ KNIGHT, Frank H. Risk, Uncertainty and Profit. Nova York, Dover, 2006, p. 19-20.

³⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral). São Paulo: Malheiros, 2010, p. 112-113.

⁴⁰ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alocação de riscos na PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). Parcerias público-privadas: reflexões obre os 10 anos da Lei 11.079/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 243.

igual modo, riscos derivados de fraude em apostas estão dentro dos riscos operacionais.

Ainda, os riscos trabalhistas e de pessoal estão incluídos dentro do conjunto de riscos operacionais, incluindo custos derivados de greves e negociações coletivas trabalhistas.

A parte com a maior capacidade de gerenciar esse risco é o delegatário do serviço, pois ele deve deter a expertise do serviço. Além disso, ele possui maiores incentivos econômicos para gerenciar adequadamente esse risco, de forma a diminuir o custo geral da delegação de serviço público.

2. RISCOS DE DEMANDA

Um conjunto relevante de riscos são aqueles relacionados à demanda, existente e potencial. A projeção e a variação de demanda são elementos típicos da atividade empresarial, de modo que o detentor de conhecimento operacional do mercado tem maior capacidade de estimar a demanda e a sua variação, bem como identificar ameaças e riscos relacionados a ela.

Esses riscos são ainda mais complexos quando avaliamos o modelo de ampla competição proposto, em que a demanda sofre variações pela capacidade comercial do operador.

Por esses motivos, os riscos relativos à variação de demanda devem ser atribuídos ao particular contratado e não ao Estado.

3. RISCOS DE CONCORRÊNCIA

Os riscos relacionados à concorrência, existente e superveniente, afetam diretamente à atratividade e a lucratividade do negócio. As atividades lotéricas possuem concorrentes diretos, como a concorrência com outros permissionários do Estado de Pernambuco, com modalidades de jogos distintas, com a concorrência com Loterias de outros Estados e a loteria federal. Além disso, existem

concorrentes indiretos, como a atividades de jogos não relacionadas à loteria e outras atividades de lazer.

Como o Estado não consegue mensurar o risco de concorrência, o particular deve ser o responsável por gerenciar esse risco.

4. RISCOS NORMATIVOS E JURÍDICOS

A atividade lotérica é altamente regulada, por entidades de diversas esferas. Por isso, são bastante intensos os riscos relacionados às alterações jurídicas, normativas ou jurisprudenciais. Existem riscos de alterações de normas legais, normas infralegais e de alteração de entendimento jurisprudencial que podem afetar direta ou indiretamente a atividade lotérica no Estado de Pernambuco.

Inclui-se nas inovações legislativas e jurídicas as mudanças na legislação setorial e na legislação tributária, em todas as esferas.

Ocorre que o particular contratado não detém capacidade de gerenciar ou mitigar esses riscos. Ainda que a ARPE e o Estado de Pernambuco não tenham ingerência sobre as alterações promovidas por outros órgãos, eles possuem maior capacidade de articular politicamente as alterações normativas e jurisprudenciais do que o particular contratado. Desse modo, os riscos normativos e jurídicos devem ser assumidos pelo Estado.

5. RISCOS ECONÔMICOS, FINANCEIROS E ALTERAÇÃO CAMBIAL

Os riscos econômicos e financeiros abrangem tanto a ocorrência de eventos relacionados à projeção econômico-financeira para exploração da loteria estadual quanto a superveniência de alterações nos contextos micro e macroeconômicos que afetem a projeção financeira da concessão. Esses riscos incluem alterações de custos unitários de insumo, bem como de mudanças no contexto econômico do país. Mais ainda, tais riscos abrangem variações cambiais, ordinárias e extraordinárias, que possam afetar a operação das loterias estaduais.

A melhor gestão desses riscos é realizada pelo particular contratado que pode melhor projetar os custos e investimentos necessários para explorar a atividade, bem como precificar os riscos de alterações na conjuntura econômica.

6. RISCOS SOCIAIS

Os riscos sociais decorrem de manifestações sociais contrárias a exploração ou a delegação da exploração da atividade de loteria estadual do Pernambuco. Também abrange riscos derivados do ajuizamento de ações populares, ações civis públicas ou outros expedientes judiciais que possam agir de forma contrária à atividade.

O gerenciamento desses riscos está ligado com o investimento em publicidade e conscientização da população sobre os aspectos positivos e sobre as mitigações de eventuais prejuízos com a realização da atividade. Tais investimentos devem ser feitos pelo particular, de modo que os riscos sociais devem ser atribuídos ao particular contratado.

7. RISCOS DE OCORRÊNCIA DE CASOS FORTUITOS OU DE FORÇA MAIOR

O risco de ocorrência de caso fortuito e força maior pode ser objeto de seguros ou não. Caso seja possível ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil, o seu risco deve ser atribuído ao particular, que poderá contratar o seguro. Por outro lado, se não for passível de cobertura por seguradora, o risco deverá ser atribuído ao Estado.

8. QUADRO MATRIZ DE RISCO

Os riscos e responsabilidades das partes foram tratados acima e devem ser previstos no contrato de delegação. Resumimos tais riscos na tabela abaixo, que pode constar no contrato de delegação:

Riscos	Materialização	Alocação	Mecanismo de mitigação	Impacto	Probabilidade	#
				(Alto, Médio, Baixo)	(Alta, Média, Baixa)	
Técnico e operacional	Gestão da loteria, problemas tecnológicos decorrentes da operação, dificuldades derivadas do planejamento comercial etc.	Contratada	Aplicação de penalidades e multas, a depender da gravidade.	Baixo	Média	R1
Investimento e cronograma de operação	Atraso na realização de investimentos e no cumprimento de cronograma contratual.	Contratada	Acompanhamento da realização de investimentos e do cumprimento de cronograma. Aplicação de penalidades e multas, em caso de descumprimento.	Médio	Média	R2
Pagamento da outorga	Atraso ou inadimplência no pagamento da outorga devida ao Estado.	Contratada	Exigência de pagamento da outorga como condição para assinatura do contrato.	Médio	Baixa	R3
Repasse das destinações financeiras ao Estado	Atraso ou inadimplência no repasse de valores devidos ao Estado.	Contratada	Previsão de rescisão contratual em caso de atraso superior a 30 (trinta) dias.	Alto	Baixa	R4
Demanda	Diminuição ou aumento da demanda por qualquer motivo.	Contratada		Médio	Média	R5

Riscos	Materialização	Alocação	Impacto	Probabilidade	#
--------	----------------	----------	---------	---------------	---

			Mecanismo de mitigação	(Alto, Médio, Baixo)	(Alta, Média, Baixa)	
Trabalhista	<p>Descumprimento de normas de trabalho, inclusive e especialmente regras de segurança do trabalho.</p> <p>Greves dos empregados e colaboradores da Contratada.</p>	Contratada	A CONCESSIONÁRIA deverá observar todas as normas trabalhistas, bem como determinações legais e regulamentares quanto à legislação de segurança e medicina do trabalho em relação aos seus empregados, prestadores de serviços, contratados ou subcontratados.	Baixo	Baixa	R6
Stakeholders da delegação	<p>Necessidade de interface com as entidades e os órgãos públicos, subcontratadas, consumidores e tomadores de serviços da Contratada, bem como com os USUÁRIOS.</p>	Contratada	<p>Apresentação anual de relatórios de auditoria contábil.</p> <p>Adoção de melhores práticas de governança corporativa, especialmente programas de integridade (Compliance).</p>	Baixo	Baixa	R7
	Inadimplemento de consumidores ou tomadores de serviço da CONCESSIONÁRIA pelos pagamentos que lhe forem devidos a qualquer título.			Alto	Baixa	R8

Riscos	Materialização	Alocação	Mecanismo de mitigação	Impacto	Probabilidade	#
				(Alto, Médio, Baixo)	(Alta, Média, Baixa)	

Omissão Poder Concedente e órgãos públicos.	Restrição operacional decorrente de decisão ou omissão de órgãos ou entidades públicos, exceto se decorrente de fato imputável à contratada	Poder Concedente	Revisão do cronograma contratual e reequilíbrio do contrato, por meio de prorrogação do prazo contratual.	Alto	Média	R9
Obtenção de autorização e de licenças.	Atrasos decorrentes da não obtenção de autorizações, licenças e permissões de órgãos ou entidades da administração do Estado de Pernambuco e/ou dos Municípios.	Poder Concedente.	A demora na obtenção de licenças, permissões e autorizações exigidas para a plena execução do OBJETO, ou mesmo para a exploração de RECEITAS ACESSÓRIAS, por fato imputável ao Poder Público, em nível municipal, estadual ou federal, assim entendida como a demora em prazo superior a 90 (noventa) dias do protocolo do pedido regularmente instruído pela Contratada, ensejará a revisão do contrato ou a exclusão de ilicitude de eventual atraso ou inadimplemento incorrido pela Contratada, de modo a não se aplicar a correlata sanção, desde que demonstrada a causalidade, ainda que parcial, entre o atraso ou inadimplemento	Alto	Média	R10

			<p>e a demora na emissão das licenças, permissões e/ou autorizações e a irregularidade da Contratada, sem prejuízo de outras formas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em favor da Contratada, caso necessário.</p> <p>O PODER CONCEDENTE deverá colaborar, dentro da sua esfera de competências e observados os termos da legislação pertinente, com a obtenção das licenças e autorizações eventualmente necessárias para a Delegação, junto aos demais órgãos, inclusive com a participação em reuniões técnicas e envio de manifestações necessárias.</p>			
Concorrência	<p>Ingresso de novo agente no mercado, legalização de nova modalidade de jogos lotéricos ou de azar, início de atividades de lazer que faz concorrência direta, ou indireta, na mesma localização ou em outro Estado ou país.</p>	Contratada		Alto	Média	R11

Riscos	Materialização	Alocação	Mecanismo de mitigação	Impacto	Probabilidade	#
				(Alto, Médio, Baixo)	(Alta, Média, Baixa)	
Normativos e jurídicos	Alteração de legislação, de regulação ou de entendimento jurisprudencial que tenha impacto direto nas receitas ou despesas do Contrato, relacionados especificamente com a execução das atividades objeto da concessão.	Poder Concedente	Mecanismo de revisão extraordinária para recomposição do equilíbrio da equação econômico-financeira, especialmente mediante prorrogação de prazo contratual.	Alto	Baixa	R12
Econômicos, financeiros e alteração cambial	<p>Custos excedentes relacionados ao objeto do Contrato, ou custos por ela subestimados</p> <p>Variação de custos de insumos, custos operacionais, de manutenção, investimentos ou qualquer outro custo incorrido na sua atuação.</p> <p>Aumento de custo de capital, variação nas taxas de câmbio e/ou alteração de taxas de juros praticados no mercado.</p> <p>Aumento do custo de empréstimos e FINANCIAMENTOS assumidos para a realização de investimentos ou custeio das atividades OBJETO do Contrato.</p>	Contratada	<p>Contratada deve adotar as melhores práticas empresariais e de governança e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas.</p> <p>Contratação de seguros pela Contratada.</p>	Média	Alta	R13

	<p>Contratada não apresentar capacidade financeira e/ou de captação de recursos.</p> <p>Custos de ações judiciais de terceiros contra a Contratada ou subcontratadas decorrentes da execução do Contrato, salvo se por fato imputável ao PODER CONCEDENTE.</p>					
Social	<p>Manifestações populares e expedientes judiciais.</p>	Contratada	<p>Contratação, pela CONCESSIONÁRIA, de seguros de riscos operacionais ou riscos nomeados do tipo “todos os riscos”, incluindo, tumulto ou manifestações populares.</p>	Média	Baixa	R14
Caso fortuito ou força maior	<p>Ocorrência de eventos naturais imprevisíveis e inevitáveis ou atos humanos imprevisíveis e inevitáveis que resultem em onerosidade comprovadamente excessiva para qualquer das PARTES ou inviabilizem inequivocamente a continuidade do Contrato.</p>	<p>Se passível de seguro - Contratada</p> <p>Se não coberto por seguro - Poder Concedente</p>	<p>Para os riscos comprovadamente não cobertos pelo mercado securitário brasileiro e em condições comerciais viáveis, poderá ser aplicado o mecanismo de reequilíbrio econômico-financeiro, mediante prorrogação do contrato preferencialmente, ou extinção da Contrato.</p> <p>A Contratada deverá comunicar ao PODER</p>	Baixo	Baixa	R15

			<p>CONCEDENTE, no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas, todas as circunstâncias ou ocorrências que, constituindo motivos de CASO FORTUITO ou FORÇA MAIOR, impeçam ou venham a impedir a normal execução do Contrato. As PARTES comprometem-se a empregar todas as medidas e ações necessárias a fim de minimizar os efeitos decorrentes dos eventos de CASO FORTUITO ou FORÇA MAIOR. Contratação de Seguros pela Contratada.</p>			
Interrupção das atividades pela Contratada	Interrupção da exploração dos serviços delegados pela Contratada.	Contratada	Aplicações de sanções previstas no contrato.	Alto	Baixa	R16
Baixa qualidade na prestação dos serviços pela Contratada	Não atender aos padrões de qualidade mínimos na prestação dos serviços.	Contratada	<p>Contratação de verificador independente para aferir desempenho e emitir relatório com índices pré-determinados (Cenário "A", especialmente). Aplicação de multas e penalidades na hipótese de baixo desempenho.</p>	Médio	Média	R17

Riscos	Materialização	Alocação	Mecanismo de mitigação	Impacto	Probabilidade	#
				(Alto, Médio, Baixo)	(Alta, Média, Baixa)	
Revogação unilateral pela ARPE ou Estado ou encampação	<p>A ARPE ou o Estado decidem revogar unilateralmente o contrato.</p> <p>Retomada dos serviços por razões de interesse público.</p>	Poder Concedente	O PODER CONCEDENTE poderá promover a retomada dos serviços delegados, nos termos da legislação e após prévio pagamento, às contratadas da indenização, abrangendo especialmente amortização de investimentos.	Alto	Baixa	R18
Inexecução contratual pelo Poder Concedente	Descumprimento, pelo PODER CONCEDENTE, de suas obrigações contratuais ou regulamentares, incluindo, mas não se limitando ao descumprimento de prazos a ele aplicáveis nos termos do CONTRATO e/ou na legislação vigente.	Poder Concedente	Mecanismo de revisão extraordinária para reequilíbrio da equação econômico-financeira, especialmente por meio da prorrogação do contrato.	Alto	Baixa	R19
Inexecução contratual pela Contratada	Descumprimento, pela Contratada, de suas obrigações contratuais, incluindo, mas não se limitando ao descumprimento de prazos a ela aplicáveis nos termos do CONTRATO e/ou na legislação vigente	Contratada	Mecanismo de revisão extraordinária para reequilíbrio da equação econômico-financeira. Aplicação de sanções.	Alto	Baixa	R20

Riscos	Materialização	Alocação	Mecanismo de mitigação	Impacto	Probabilidade	#
				(Alto, Médio, Baixo)	(Alta, Média, Baixa)	
Caducidade	Extinção do contratado por decretação da sua caducidade	Poder Concedente	A decretação da caducidade do contrato deverá ser precedida de verificação da inadimplência da Contratada em processo administrativo, assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório.	Alto	Baixa	R21
Rescisão contratual	Extinção do Contrato por descumprimento pelo PODER CONCEDENTE de suas obrigações	Contratada	Contratada poderá rescindir o CONTRATO no caso de descumprimento das normas contratuais pelo PODER CONCEDENTE, mediante ação judicial especialmente intentada para este fim.	Alto	Baixa	R22
Anulação do contrato	Extinção do Contrato por eventuais ilegalidades verificadas no EDITAL e nos seus ANEXOS, na licitação, no CONTRATO e nos seus ANEXOS	Poder Concedente	PODER CONCEDENTE procederá aos levantamentos e avaliações necessários à determinação do montante de indenização eventualmente devida à Contratada, devidamente corrigida monetariamente nos mesmos moldes aplicáveis ao reajuste, desde a data do investimento até a data do pagamento integral do valor devido.	Alto	Baixa	R23

Riscos	Materialização	Alocação	Mecanismo de mitigação	Impacto	Probabilidade	#
				(Alto, Médio, Baixo)	(Alta, Média, Baixa)	
Alterações unilaterais do contrato e/ou da especificação do objeto.	Alteração nas condições de prestação de serviços e/ou no encargo das partes pelo Poder Concedente.	Poder Concedente.	Mecanismo de revisão extraordinária para reequilíbrio da equação econômico-financeira, especialmente por meio de prorrogação.	Alto	Média	R24
Alteração tributária (fato do príncipe)	<p>Criação, extinção ou alteração de tributos ou encargos legais que incidam diretamente sobre os serviços prestados pela Contratada, ou sobre o objeto, e cuja criação, alteração ou extinção ocorra após a data de entrega das propostas, com comprovada repercussão direta sobre o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato.</p> <p>Majoração da alíquota do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) incidente sobre as atividades objeto do Contrato.</p>	Compartilhado	Procedimento de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, em favor da Contratada ou do Poder Concedente, conforme o caso.	Médio	Baixa	R25
Responsabilidade Civil	Ocorrência de sinistros e danos envolvendo a estrutura material e/ou pessoal da Concessionária.	Contratada	Contratação de Seguro	Médio	Baixa	R26

10. RESPONSABILIDADES E OBRIGAÇÕES DAS PARTES

A responsabilidade e obrigações das partes constarão nas minutas do Edital e do contrato e instrumentos anexos. É necessário, entretanto, explicitar a clara divisão de tarefas entre particular contratado e o Estado.

Responsabilidades do Estado:

- Conduzir o processo de contratação de contratação, seja uma licitação por concorrência, seja uma contratação direta dos operadores por meio de processo de inexigibilidade de licitação, como um credenciamento, inclusive realizando a habilitação das empresas interessadas em explorar a atividade.
- Assinar os contratos de delegação.
- Destinar os valores arrecadados e com destinação prevista em lei ou em Decreto, excluindo-se os valores destinados ao particular contratado.
- Promover as alterações normativas infralegais necessárias para o melhor desenvolvimento das atividades lotéricas.
- Fiscalização do contrato e imposição de sanções, quando necessário.
- Homologar os planos de jogos e de investimento, bem como os jogos lotéricos que o operador pretende explorar.
- Promover o reajuste de valores, quando cabível.
- Recompôr o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, quando necessário.
- Responder às solicitações e questionamentos do particular, sempre em prazo razoável e nunca superior a 60 dias.
- Manter sigilo das informações confidenciais do contrato e do particular contratado.
- Contribuir, no que lhe caber, na viabilização dos empreendimentos, com o fornecimento de informações que forem necessárias.
- Incentivar a promoção da solução amigável e mais célere possível dos conflitos.

Responsabilidades do particular contratado:

- Operar os jogos lotéricos objeto de delegação, em meio físico ou virtual, de acordo com a estratégia da empresa, definindo os canais de distribuição e de venda com total liberdade.
- Observar e cumprir todas as normas legais e contratuais relativas à exploração dos jogos lotéricos, explorando a atividade de acordo com o regulamento a ser editado pelo Estado.
- Manter todos os requisitos de habilitação e condições previstas em Edital como requisitos para que o particular assine o contrato de delegação.
- Permitir a fiscalização do Estado, disponibilizando todos os documentos e informações relacionadas à loteria estadual que forem exigidas.
- Pagar o valor de outorga anual por cada modalidade lotérica explorada.
- Obter e possuir todas as autorizações e licenças necessárias para explorar as atividades lotéricas.
- Obter todos os certificados exigidos pelo Estado e demais órgãos competentes para explorar as atividades lotéricas, especialmente os certificados que garantam a segurança técnica e financeira da operação.
- Apresentar plano de investimentos para ser homologado pelo Estado.
- Pagar os valores de ressarcimento dos estudos objeto do Edital de PMI nº 004/2021.
- Realizar o pagamento dos prêmios aos apostadores.
- Recolher todos os tributos incidentes sobre a atividade.
- Pagar todos os fornecedores e empregados que prestam serviços relacionados à exploração das loterias.
- Repassar os valores arrecadados ao Estado, para que seja feita a destinação legal dos valores.
- Obter e manter garantia contratual para assegurar o cumprimento das obrigações contratuais durante todo o prazo de delegação.

- Pagar todas as multas ou sanções administrativas impostas pelo Estado ou outros órgãos públicos relativos à exploração da atividade lotérica.
- Apurar e resolver reclamações ou queixas de apostadores, de forma fundamentada e em prazo razoável.
- Responder perante o Estado e terceiros por todos os atos praticados pelo contratado no âmbito da exploração das loterias.
- Ressarcir o Estado de São Paulo por todos as condenações judiciais para atendimento de obrigações atribuídas ao particular contratado.
- Cumprir a legislação trabalhista, previdenciária, e de segurança e de medicina do trabalho, permitindo a fiscalização do Estado quanto ao cumprimento também dessas normas.
- Possuir programa de integridade que cumpra as melhores práticas internacionais, e observar as melhores práticas de governança corporativa, de modo a combater a corrupção, a lavagem de dinheiro e o financiamento internacional de terrorismo.
- Informar às autoridades todos os atos ilícitos de que tenha conhecimento em razão das atividades objeto do contrato.
- Garantir a privacidade e segurança dos dados pessoais dos Apostadores.
- Informar o Estado sobre todos os processos judiciais e administrativos existentes que sejam relacionados com a operação do contrato de delegação.

11. O MECANISMO DE REMUNERAÇÃO DO CONCESSIONÁRIO E AS FONTES DE RECEITAS DESTA

A remuneração dos operadores corresponderá a um percentual incidente sobre o valor líquido da arrecadação das apostas, cuja destinação é a cobertura de todas as despesas e custos do operador, bem como a remuneração do capital investido. Esse percentual deverá ser fixado em decreto emitido pelo governador, como será indicado abaixo.

O regime de preços nos serviços lotéricos é muito específico porque a remun

eração do operador corresponde a um percentual incidente sobre o valor apostado pelos jogadores. Ou seja, a remuneração do operador não é um valor fixado previamente estabelecido, mas está vinculada com o sucesso comercial das loterias.

Desse modo, o preço fixado para cada bilhete ou aposta oferecida com o operador é estipulado considerando o seu potencial comercial, existindo um ponto de equilíbrio em que existe um valor que permite o máximo de receita. É perfeitamente possível, então, ser fixado um preço de bilhete de loteria numerada no começo do contrato e tal valor não ser alterado ao longo de toda a exploração, desde que ele assegure a arrecadação total estimada. O importante é obter a arrecadação projetada, o que assegurará a remuneração do operador com base no percentual sobre a operação.

Por esse motivo, a disciplina dos preços de bilhetes e apostas deve ser fixado por quem detém a expertise do mercado e a capacidade de adotar as melhores práticas que visam a aumentar a arrecadação. Ou seja, o regime de preços deve conferir ampla liberdade para o operador fixar o preço que entender ser o melhor.

Com efeito, é dispensável a fixação de uma cláusula de reajuste e de uma definição prévia de um índice de reajuste, pois a remuneração do particular é atrelada a um percentual da arrecadação e não a um preço fixo, que perde valor com o tempo.

Além dos valores recebidos pela venda de bilhetes, deve ser autorizada a ampla exploração de receitas marginais, decorrentes de atividades distintas da exploração dos jogos lotéricos. A autorização expressa da obtenção dessas receitas aumenta a atratividade do projeto e, conseqüentemente, impulsiona o sucesso comercial das loterias.

Ademais, existem três temas afetos à remuneração das concessionárias, ainda que forma indireta: (i) regime de bens reversíveis; (ii) reequilíbrio econômico-financeiro; e (iii) regime de indenizações.

Primeiramente, o modelo proposto não prevê a reversibilidade de bens, pois eles possuem alto nível de depreciação e não podem ser explorados e mantidos adequadamente pelo Estado após o término do prazo dos contratos. Assim, a reversibilidade dos bens teria como efeito a indenização do Estado pelos

investimentos realizados pelo operador, o que não é o que se busca com a delegação das loterias para a iniciativa particular.

Em segundo lugar, é imprescindível que o contrato contenha regras claras sobre as hipóteses de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos é relacionado com a manutenção das receitas e encargos estimados pelo particular e que deram origem ao contrato na proposta oferecida no processo de contratação. Assim, a manutenção da equação econômico-financeira serve para operacionalizar compensações das partes pela ocorrência de eventos que configurem riscos atribuídos a uma das partes e que impactem econômica ou financeiramente na outra parte.⁴¹

Por sua vez, a equação econômico-financeira dos contratos de concessão é constituída por diversos elementos, como o preço, obrigações, prazo, alocação de riscos, dentre outros fatores que compõem essa complexa relação.⁴² A proteção desse equilíbrio econômico-financeiro é condição necessária para garantir a viabilidade e a exequibilidade de contratos de delegação.⁴³

A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato deverá ser realizada quando ocorrerem os riscos atribuídos ao Estado. Nessas situações, o contrato deverá ser alterado para garantir a viabilidade econômica da delegação.

É importante reiterar que o valor das apostas, em regra, não tem efeito sobre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e o particular deverá deter ampla liberdade de fixação dos preços. Por isso, não se trata de causa de equilíbrio, em regra.

Igualmente, o valor da outorga é estipulado previamente e pago na data da assinatura do contrato, de modo que a regra é que tal valor não seja alterado ou reequilibrado.

⁴¹ RIBEIRO, Maurício Portugal. O que todo o profissional de infraestrutura precisa saber sobre equilíbrio econômico-financeiro de concessões e PPPs (mas os nossos juristas ainda não sabem). In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 538.

⁴² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. O equilíbrio econômico e financeiro nas concessões, Dinamismo e segurança jurídica na experiência brasileira. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 138.

⁴³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza, 2019, p. 136.

Em caso de reequilíbrio, os dois principais elementos que podem ser alterados são o prazo do contrato e o percentual da arrecadação destinada para a remuneração do operador. A modificação desses dois elementos permite a recomposição do equilíbrio do contrato. Ainda, a alteração de alguns desses elementos também demanda a recomposição do equilíbrio do contrato.

Por fim, os contratos de delegação deverão prever regras sobre indenização por investimentos realizados e não amortizados em caso de revogação precoce, unilateral e injustificada do contrato.

Essas regras são ainda mais essenciais se for adotado o modelo de permissão de serviço público, em que é possível prever a revogabilidade unilateral do contrato, nos termos do art. 40, da Lei 8.987/1995. Ocorre que essa revogabilidade não implica a ausência de dever de indenização do Estado, como já apontado acima.⁴⁴

Assim, o contrato deverá prever que no caso de revogação unilateral da permissão pelo Estado o particular contratado possui direito à indenização pelos investimentos realizados e não amortizados, abrangendo os lucros cessantes desse investimento realizado; e a devolução proporcional do valor pago a título de outorga.

Esse regime de indenização é necessário para garantir a viabilidade econômico-financeira do empreendimento. Sem essa garantia, o risco do operador é muito alto e não compensa financeiramente os investimentos que terão que ser realizados.

12. CONTRAPARTIDAS FINANCEIRAS DEVIDAS AO ESTADO

No modelo proposto, são devidas duas espécies de contrapartidas ao Estado pela exploração das loterias: (i) pagamento de valores de outorga pela assinatura do contrato de delegação; e (ii) destinação de recursos ao Estado, segundo percentuais fixados em decreto e seguindo parâmetros da legislação federal.

O processo de contratação abrange duas fases distintas. Primeiro, o operador interessado em realizar o contrato deverá comprovar possuir qualificação

⁴⁴ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contrato Administrativo. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 266.

jurídica, técnica, fiscal e econômico-financeira, conforme critérios tratados anteriormente. Ou seja, ele deverá demonstrar ser capaz de explorar os jogos lotéricos, com um mínimo de garantia de qualidade.

Depois, o operador deverá apresentar plano de negócio indicando expressamente quais modalidades lotéricas ele pretende explorar, qual a estimativa de investimentos e de arrecadação. Para cada modalidade lotérica escolhida e indicada em seu plano de negócio, o operador deverá pagar um valor correspondente a uma outorga pela delegação dessa atividade ao particular.

Esses valores estarão previstos no Edital de Chamamento Público para delegação das loterias. O pagamento de tais valores está previsto no art. 15, incisos II, VI e VII, que tratam dos critérios de julgamento que incluem o pagamento do maior valor pela outorga.⁴⁵ Assim, essa contrapartida financeira é realizada pelo operador por conta da assinatura do contrato, da outorga do serviço público.⁴⁶ Essas contrapartidas podem ser um valor fixo ou podem ser um percentual sobre as receitas auferidas pela concessionária, a depender da modelagem financeira e da viabilidade econômica do empreendimento.

Propõe-se o pagamento de valores fixos, para diminuir o risco para o Estado, sendo que os valores propostos foram calculados nos estudos econômicos-financeiros (Produto III), de acordo com a estimativa de arrecadação de cada uma das modalidades.

Propõe-se o pagamento do valor de R\$500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais) para o primeiro ano e de R\$50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por ano pelos dezenove anos seguintes. Os valores propostos para o total de 20 anos são os seguintes por modalidade:

- Loteria prognósticos numéricos e numerada: R\$829.352,00
- Loteria instantânea: R\$176.109.000,00.
- Loteria de prognósticos esportivos: R\$294.369.000,00
- Loteria de prognóstico específico: R\$0,00 (zero reais).
- Apostas de quota fixas: R\$150.171.000,00.

⁴⁵ Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios (...) II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão; (...) VI - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou VII - melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.

⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal, 2003, p. 252.

Esses são os valores totais de outorga, apurados sobre a arrecadação estimada total do Estado de São Paulo. Desse modo, para que não os operadores habilitados não sejam sobrecarregados financeiramente e o empreendimento perca a sua atratividade, esse valor deverá ser repartido entre todos os operadores contratados.

Por exemplo, se no primeiro houver a delegação para 10 operadores que explorarão as apostas de quota fixa, o valor de R\$150.171.000,00 será dividido entre esses dez operadores e não será pago individualmente por cada um deles.

Em razão disso, os valores de outorga deverão ser pagos anualmente no aniversário de cada contrato. Assim, o pagamento será realizado no início de cada ano do projeto e em valor fixo.

A exceção é apenas da primeira parcela que deverá ser quitada como condição para assinatura do contrato. Nesse caso, os concessionários irão pagar de acordo com o número de contratos vigentes e, ao término do ano, haverá compensação dos valores pagos a maior. Na hipótese de haver duas empresas contratadas inicialmente, o valor será dividido entre elas. Se houver mais empresas contratadas ao longo do ano, os valores serão redistribuídos e a diferença paga a maior pelas novas empresas será destinada às empresas que dividiram o pagamento do valor total no início.

Essa sistemática retira o risco financeiro em relação ao pagamento da outorga para o Estado. Independentemente da performance do particular, o Estado fará jus ao valor da outorga e o receberá no início do empreendimento.

Ademais, propõe-se um valor mínimo para o operador, de R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais) para o primeiro ano e de R\$5.000.000,00 (cinco milhões de reais) para os demais anos.

Além desses valores, o Estado também fará jus a parcela relevante dos valores arrecadados com a exploração da Loteria.

Do valor total arrecadado, deverá ser realizado o pagamento de prêmios e tributos. O valor restante será parcialmente destinado ao Estado e parcialmente destinado ao operador, de acordo com percentuais fixados pelo Estado em Decreto e previstos nos contratos de delegação das atividades lotéricas.

Sobre esses percentuais, a regulamentação atual não prevê quais percentuais deverão ser repassados ao Estado e qual a sua destinação específica. Por isso, os estudos contemplam a sugestão de um valor total para o Estado, que

deverá identificar qual a melhor distribuição e destinação desses valores. Os percentuais foram indicados acima.

O contrato de delegação deve prever que os valores arrecadados com a exploração da loteria devem ficar em conta titularizada da SPE e específica para recebimento dos valores de aposta. A cada 30 (trinta) dias, as operadores deverão realizar o repasse dos valores devidos ao Estado, em conjunto com relatório das atividades e com a informação dos valores arrecados e dos valores repassados ao Estado.

Como já visto, os Estados detêm competência para regulamentar o serviço público estadual de loteria, inclusive alterando os percentuais de destinação do produto da arrecadação da loteria, de modo a torná-los mais compatíveis com a realidade de cada Estado.

Quando menos, deve-se obedecer apenas às balizas fixadas pela União quanto à destinação dos recursos. Assim, não são todas os percentuais previstos na Lei Federal que devem ser obedecidos pelo Estado. Existem apenas duas regras que se pode cogitar como de observância obrigatória pelos Estados: percentual destinado para pagamento de prêmios (payout) e percentual destinado para a seguridade social. Já os demais valores, destinados para Fundos Nacionais e para os Comitês Olímpico e Paralímpico são regras que disciplinam exclusivamente a loteria federal e não abrangem as loterias estaduais. Explica-se.

A destinação de recursos para fundos da União não são regras nacionais das loterias aplicáveis a todos os entes da federação, mas regras que regulamentam o serviço em âmbito nacional. Interpretação diversa conduziria à conclusão teratológica de que os valores arrecadados com as loterias estaduais deveriam seguir a destinação igualmente ao previsto na legislação federal e, consequentemente, todo o produto da arrecadação seria vertido à União e não aos Estados. Tal interpretação violaria o pacto federativo, a imunidade tributária recíproca entre os entes federativos e a titularidade estadual sobre as loterias estaduais.

Desse modo, somente as normas gerais sobre destinação de recursos devem ser observadas pelos Estados. Isto é, somente as normas que disciplinam o pagamento de prêmios e da seguridade social.

Por fim, a competência material do Estado deve obedecer às normas constitucionais, especialmente o art. 195, III, que prevê como fonte de custeio da seguridade social a receita dos concursos de prognósticos. Ou seja, as loterias necessariamente devem assegurar o custeio da seguridade social, seguindo as regras estipuladas pela União, quando houver.

Diante disso, conclui-se que o Estado do São Paulo pode emitir Decreto para definir os percentuais de destinação dos recursos das loterias estaduais. Tal modificação não precisa ser feita mediante alteração de lei, mas por meio de decreto que regulamenta o serviço.

Em síntese, as contrapartidas devidas ao Estado são: (i) pagamento de outorgas; e (ii) destinação de parte da arrecadação do jogo.

Conforme consta de forma detalhada acima no item que trata das responsabilidades e obrigações das partes, o contrato de delegação preverá como obrigação da concessionária o pagamento da outorga e o repasse dos valores arrecadados com a exploração da loteria. Também será prevista a contratação de seguro para garantir os valores de repasses devidos ao Estado, no valor equivalente a 0,5% sobre a projeção estimada de repasses devidos ao Estado

13. O MECANISMO DE REGULAÇÃO E FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO

O regulamento dos serviços lotéricos e o contrato devem disciplinar mecanismos de fiscalização e controle da atividade dos operadores e dispor sobre o regime sancionatório. O Estado detém a competência e o dever de fiscalizar o cumprimento das normas regulatórias e contratuais pelos operadores, mas deve fazê-lo seguindo regras previamente estipuladas, que geram segurança jurídica e contribuem para o adimplemento contratual.

Assim, o regulamento e/ou o contrato devem trazer regras prevendo a competência do Estado para fiscalizar as atividades dos operadores a qualquer momento para verificar o cumprimento das suas obrigações. Também deve estipular o dever dos operadores de contribuírem com a fiscalização do Estado, especialmente com a disponibilização de dados e informações sobre todos os aspectos da sua operação de forma mais célere possível.

Para viabilizar a fiscalização, o Estado deverá prever instrumentos claros de controle da atividade dos operadores. Sugere-se a estipulação de entrega de relatórios frequentes (mensais e anuais) a respeito das atividades de loteria, de modo a assegurar o cumprimento das normas regulatórias.

Além desses relatórios, deve-se exigir a instituição de programas de integridade (compliance) pelos operadores de jogos de azar, inclusive com o auxílio de auditorias internas e externas independentes. Os programas de integridade servem como um importante mecanismo de fiscalização e garantia de cumprimento das normas regulatórias, sendo exercido inicialmente pelo próprio operador. Para que tenha efetividade, a regulação deverá prever regras sobre os requisitos mínimos que o programa de integridade deverá atender, seguindo diretrizes e padrões internacionais. Sugere-se exigir o atendimento às diretrizes do ISO 37001. Tal certificação deve ser exigida após a contratação e não como condição de habilitação.

Ainda, é recomendável prever a necessidade de uma pessoa responsável pelo programa de integridade ou a contratação de uma empresa terceirizada especializada na área ou uma auditoria com reconhecida independência e capacidade. Também devem ser previstos procedimentos de investigação interna e canais de comunicação direta com o Estado, para informar qualquer irregularidade.

Dentro do programa de integridade, os operadores de jogos de azar podem ter que fazer auditorias internas frequentes, assim como auditorias externas com empresas independentes e especializadas. Tudo isso para garantir o pleno cumprimento das normas regulatórias pelo próprio operador, sem intervenção direta do Estado.

Os programas de integridade e a exigência de realização de auditorias internas são importantes mecanismos de fiscalização dos operadores de jogos de azar.

Além disso, deve haver previsão da realização de auditorias pelo Estado, diretamente ou por meio de empresa terceirizada contratada para esse fim. Deve-se estipular auditorias regulares, na frequência anual e auditorias extraordinárias, quando o Estado entender necessário. Tais auditorias devem fiscalizar tudo

relacionado com a exploração dos jogos lotéricos, abrangendo inclusive os equipamentos utilizados pelo operador.

No caso de adoção do modelo do Cenário “B”, não sugerimos a previsão de criação de medidores de desempenho e da contratação de verificador independente para a sua mensuração.

A previsão de medidores de desempenho é mais compatível com o regime de concessões com exclusividade ou PPP, em que parcela da remuneração da concessionária decorre de contrapartidas financeiras públicas. Assim, os medidores de desempenho servem como instrumento de incremento da qualidade dos serviços e métricas para essa remuneração pública da concessionária.

No regime de concessão comum sem exclusividade, entretanto, reputamos que o mais adequado é que se estabeleçam critérios mínimos de qualidade da prestação dos serviços pelas concessionárias, o que constará no Caderno de Encargos e em regulamentos do serviço. O descumprimento desses critérios deverá ser aferido pelo Poder Concedente, mas a sua consequência não será a diminuição de contraprestação pública, pois ela não existe nesse caso. Assim, a consequência será a imposição de penalidades.

Ademais, deve haver uma regulamentação específica da fiscalização das movimentações financeiras do operador, para assegurar a lisura e combater sonegação fiscal, lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo internacional, adotando as melhores práticas do mercado. Assim, o Estado deve adotar instrumentos e práticas para garantir que as informações prestadas pelos operadores sejam fiéis à realidade.

A principal forma de se fazer a fiscalização da atividade financeira é mediante a geração de relatórios das transações realizadas pelo operador. Para garantir a veracidade e confiabilidade dos relatórios, os operadores devem possuir um sistema de controle rígido que armazene os dados sobre todos os valores recebidos e pagos pela operadora dos jogos de azar.

Assim, é imprescindível que a regulação disponha sobre a obrigação dos operadores de registrarem as suas atividades financeiras, para assegurar a confiabilidade dos dados e permitir a sua verificação, quando necessário. Isto é, os

dados devem ser armazenados pelos operadores, mas devem estar sujeitos a permanente acesso e revisão pelo Estado.

Quanto à prevenção de lavagem de dinheiro, a regulamentação deve vedar expressamente a entrada de recursos financeiros de origem ilícita nos jogos de azar. Para essa finalidade, é importante o cadastro e armazenamento de dados dos apostadores e o registro de suas atividades.

Por fim, a regulamentação deve tratar da disciplina sancionatória, o que abrange três aspectos: (i) processo sancionador; (ii) regramento das sanções e a respectiva dosimetria; (iii) possibilidade de saneamento e substituição da penalidade.

Primeiramente, o regulamento deve trazer regras gerais sobre como o processo será instaurado e processado, respeitando o devido processo legal e as garantias da ampla defesa e do contraditório. Ainda, deve-se prever a obrigatoriedade de fundamentação das decisões que apliquem sanções aos operadores.

Em segundo lugar, as sanções e sua hipótese de incidência devem ser claras. Deve haver previsão expressa de quais são as sanções cabíveis e em que hipótese cada sanção é aplicada, observando sempre o princípio da proporcionalidade.

Em terceiro lugar, o contrato e o regulamento devem prever a possibilidade de o operador sanear o cometimento de infração com a adoção de condutas substitutivas à sanção. Essa possibilidade deve ser prevista como uma obrigação do Estado não como uma mera faculdade. Sempre se deve oportunizar ao operador a possibilidade de substituir a penalidade imposta pela adoção de condutas que visem garantir a reincidência da conduta ilícita, reparem os danos da conduta ilícita e que promovam a adoção de melhores práticas pelo operador.

Além disso, o contrato deverá conter cláusulas expressas disciplinando o regime de rescisão e as indenizações devidas ao operador.

14. MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM

O contrato conterà previsão de cláusulas de resolução de disputas no contrato de delegação com um regime escalonado, prevendo a instauração de processo de mediação sucedido por arbitragem.

A mediação é um processo em que as partes buscam a autocomposição dos litígios por meio do auxílio de um terceiro imparcial (mediador), que não detém poder decisório. O mediador atuará de forma a estimular a autocomposição mediante o auxílio no desenvolvimento de soluções consensuais. No entanto, esse terceiro não profere nenhuma decisão. Deve-se prever a necessidade de realização prévia antes da instauração de processo arbitral, de modo a garantir a utilização dessa via, resguardados os casos urgentes.

Ainda, é imprescindível a previsão de um prazo máximo de duração da mediação, o que se sugere que seja de 90 dias no total, sendo de 60 dias após a nomeação do mediador.

Sendo infrutífera a mediação, há cláusula arbitral prevendo a resolução de conflitos por arbitragem em vez de processo judicial. Nessa cláusula, será estipulada desde logo a câmara de arbitragem responsável por cuidar do processo e o respectivo regulamento aplicável ao procedimento arbitral. Ainda, deve prever que a arbitragem será conduzida por três árbitros, sendo que as partes indicam cada um árbitro e estes dois indicam o presidente. Também é importante fixar que o processo deverá ser finalizado em 365 dias, com prazo de 30 dias para prolação de sentença, ressalvadas hipóteses excepcionais de prorrogação de prazo.

Sugere-se, ademais, fixar que a arbitragem será em idioma português, regida pelas leis de direito brasileiro, e conduzida em São Paulo, Estado de São Paulo.

Não sugerimos a adoção de *dispute boards* nessas concessões porque as atividades lotéricas não possuem questões técnicas suficientemente complexas que geram constantes litígios com o Poder Concedente e que demandam esse tipo de método de solução de conflitos. Os litígios que poderão surgir são de natureza mais eventual, tornando-se inadequada a adoção de *dispute boards*, que são mais apropriados para contratos cuja execução seja tecnicamente muito complexa e demande constantes diálogos, disputas e decisões sobre questões técnicas por parte do Poder Concedente.

Por último, é importante prever um foro judicial competente para resolver os conflitos que versem sobre direito indisponível e para atender às medidas urgentes.

15. RESSARCIMENTO DOS ESTUDOS

O Edital deve prever como condição para a assinatura do contrato de delegação o pagamento dos valores devidos a título de ressarcimento dos estudos objeto do Edital nº 004/2021, nos termos do seu item 6.

O pagamento do ressarcimento deverá ser realizado pelas Concessionárias como condição para assinatura do contrato ou como condição para o início da operação.

No caso de adoção do modelo do Cenário “A”, deve-se exigir o pagamento do ressarcimento como condição para assinatura do contrato, em sua integralidade.

Já no caso de adoção do modelo do Cenário “B”, para viabilizar a distribuição igualitária do pagamento entre as empresas concessionárias, será estabelecida regra em que as primeiras empresas credenciadas arcarão com o valor integral do ressarcimento entre elas. Depois, cada empresa que for sendo credenciada terá a obrigação de restituir as empresas que já realizaram o pagamento, de forma proporcional.

Por exemplo, se forem credenciadas 5 empresas no primeiro momento, cada uma poderá arcar com 20% do ressarcimento. Depois, havendo credenciamento de mais 5 empresas, as novas empresas pagariam 10% do valor do ressarcimento, devidamente corrigido, para as empresas que inicialmente fizeram o pagamento. E assim por diante.

O Edital conterá previsão de que a ausência de pagamento de ressarcimento implicará inadimplemento contratual grave e rescisão do contrato de concessão.

16. CONCLUSÃO

No presente caderno, analisamos a fundamentação legal e regulatória para propor uma forma e um modelo de contratação de empresas privadas para explorar as atividades lotéricas no Estado de São Paulo.

Anexo a esse documento, apresentamos os instrumentos jurídicos necessários para implementar o modelo proposto, especialmente o Edital, Minuta de Contrato e Anexos.

17.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contrato Administrativo. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CAMAROSANO, Márcio. Inexigibilidade de licitação – conceito e preconceito. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCCP, ano 15, n. 170, Belo Horizonte, fev. 2016.

COUTO E SILVA, Almiro do. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares, Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE, n. 16, dez./jan./fev. 2009, Salvador.

GARCIA, Flávio Amaral. Concessões, parcerias e regulação. São Paulo: Malheiros, 2019.

GONÇALVES, Pedro. Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alocação de riscos na PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). Parcerias público-privadas: reflexões obre os 10 anos da Lei 11.079/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 17ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. A contratação sem licitação nas empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal. Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016 – “Lei das Estatais”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Teoria geral das concessões de serviços públicos. São Paulo: Dialética, 2003.

KNIGHT, Frank H. Risk, Uncertainty and Profit. Nova York, Dover, 2006.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. O equilíbrio econômico e financeiro nas concessões, Dinamismo e segurança jurídica na experiência brasileira. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

_____. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MENDONÇA, José Vicente; BORGES, Daian. Parcerias estratégicas das estatais: aplicação e controle do art. 28, §3º, II, da Lei das Estatais. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, jul./set. 2020.

MONTEIRO, Vera. Concessão. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. O contrato administrativo como instrumento de governo. In: GONÇALVES, Pedro (org.). Estudos de contratação pública, vol. IV/Cedipre. 1ª Ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2013.

_____. Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral). São Paulo: Malheiros, 2010.

PEREZ, Marcos Augusto. O risco no contrato de concessão de serviço público. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

RIBEIRO, Maurício Portugal. O que todo o profissional de infraestrutura precisa saber sobre equilíbrio econômico-financeiro de concessões e PPPs (mas os nossos juristas ainda não sabem). In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ROSE, Nelson I. CHAMPION JR., Walter T. Gaming law in a nutshell. 2º edition. St. Paul: West Academic Publishing, 2018.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Concorrência na prestação dos serviços públicos e seus limites. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, ano 18, n. 71, jul./set. 2020.