



ARAP  
NISHI  
& UYEDA  

---

ADVOGADOS

 **GBSA**  
GONÇALVES E BRUNO SOCIEDADE DE ADVOGADOS

## **EDITAL DE CHAMAMENTO PÚBLICO Nº 004/2021**

**IMPLANTAÇÃO E OPERAÇÃO DOS SERVIÇOS LOTÉRICOS NO ESTADO DE SÃO PAULO E OS POSSÍVEIS MODELOS DE DELEGAÇÃO À INICIATIVA PRIVADA VISANDO A SUA EXPLORAÇÃO ECONÔMICA EM PARCERIA COM O ESTADO**

### **Produto Final I ANÁLISE JURÍDICO REGULATÓRIA**

**18 DE OUTUBRO DE 2021**

## Sumário

<b>PRODUTO FINAL I ANÁLISE JURÍDICO REGULATÓRIA</b>	<b>4</b>
<b>1. CAPÍTULO 1º: INTRODUÇÃO AO TRABALHO JURÍDICO</b>	<b>4</b>
<b>2. CAPÍTULO 2º: DO CHAMAMENTO PÚBLICO N.º 04/2021</b>	<b>6</b>
2. 1. DO PROCEDIMENTO PARA REALIZAÇÃO DO PMI NO ESTADO DE SÃO PAULO.	8
2. 2. DA CRONOLOGIA DO CHAMAMENTO PÚBLICO	11
<b>3. CAPÍTULO 3º: DA ANÁLISE JURÍDICA INSTITUCIONAL, LEGAL E REGULATÓRIA</b>	<b>13</b>
3.1. ARCABOUÇO NORMATIVO DOS SERVIÇOS LOTÉRICOS NO BRASIL	13
3.2. MODALIDADES DE LOTERIAS FEDERAIS	18
3.3. HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO SOBRE LOTERIAS NO ESTADO DE SÃO PAULO	19
3.4. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E CONSTITUCIONALIDADE DAS LOTERIAS ESTADUAIS	25
3.5. IDENTIFICAÇÃO DE INCERTEZAS PROBLEMAS E RISCOS DECORRENTES DO RESULTADO DA ANÁLISE	30
3.5.1.1. <i>Estrutura normativa da União – Limites do poder regulamentar dos Estados para exploração dos serviços lotéricos</i>	31
3.5.1.2. <i>Limite geográfico de exploração da LOTESP</i>	33
3.5.1.3. <i>Eventual Extinção de Modalidade Lotérica pela União</i>	34
3.5.1.4. <i>Eventual legalização de exploração de Serviços Lotéricos Municipais</i>	35
3.5.1.5. <i>Proposições legislativas em andamento no Congresso Nacional</i>	37
3.6. IDENTIFICAÇÃO DOS INCENTIVOS JURÍDICOS-REGULATÓRIOS DE POTENCIALIZAÇÃO DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS LOTÉRICOS	40
3.6.1. <i>Minuta de Lei da LOTESP</i>	40
3.6.2. <i>Minuta de Decreto Regulamentar</i>	43
<b>4. MODELO JURÍDICO PROPOSTO</b>	<b>45</b>
4.1. CENÁRIO A	45
4.1.1. <i>Exclusividade na prestação dos Serviços Lotéricos (Tradicional, Instantânea e Prognósticos) por um único operador</i>	45
4.1.2. <i>Exploração de Loteria AQF por múltiplos operadores mediante Credenciamento</i>	51
4.2. CENÁRIO B:	61
4.2.1. <i>Prestação dos Serviços Lotéricos (Tradicional, Instantânea e Prognósticos) por meio de múltiplos operadores</i>	62
4.3. DA INAPTIDÃO DE OUTROS MODELOS JURÍDICOS	63
4.3.1. <i>Permissão de Serviço Público</i>	63
4.3.2. <i>Das parcerias público privadas</i>	66
4.3.3. <i>Da concessão patrocinada</i>	67
4.3.4. <i>Da concessão administrativa</i>	69
4.4. DIRETRIZES GERAIS PARA VIABILIZAÇÃO DOS MODELOS PROPOSTOS	71

4.4.1. Diretrizes Indispensáveis.....	71
4.4.2. Diretrizes Convenientes.....	74
4.5. IDENTIFICAÇÃO DE EVENTUAIS DIFERENÇAS ENTRE OS CENÁRIOS A E B: RISCOS, PROBLEMAS E OUTRAS INCERTEZAS .....	81
4.6. ANÁLISE SWOT DAS ALTERNATIVAS REGULATÓRIAS IDENTIFICADAS .....	84
4.7. CERTIFICAÇÕES APLICÁVEIS AOS SERVIÇOS LOTÉRICOS.....	85
4.8. MAPEAMENTO DOS PRINCIPAIS RISCOS QUE DEVEM SER ENDEREÇADOS PELO PROJETO, CONSIDERANDO OS CENÁRIOS A E B.....	87
4.8.1. Da alocação eficiente dos riscos nos contratos decorrentes do Projeto.....	87
4.8.2. Proposta de Alocação de Riscos e Medidas de Mitigação.....	90
4.9. Diretrizes Gerais para elaboração dos Editais e Contratos.....	99
4.9.1. Diretrizes ao Edital de Concessão.....	99
4.9.2. Diretrizes Contrato de Concessão.....	106
4.9.3. Diretrizes ao Edital de Chamamento Público de Credenciamento.....	122
4.9.4. Diretrizes ao Contrato .....	126

## **PRODUTO FINAL I**

### **ANÁLISE JURÍDICO REGULATÓRIA**

#### **1. CAPÍTULO 1º: INTRODUÇÃO AO TRABALHO JURÍDICO**

O presente Caderno Jurídico é parte integrante dos estudos de viabilidade, levantamentos, investigações, dados, informações técnicas, projetos ou pareceres (“Estudos”) para fins de implantação e operação dos Serviços Lotéricos, bem como da apresentação de possíveis modelos de delegação à iniciativa privada, com vistas à exploração econômica em parceria com o Governo do Estado de São Paulo, no âmbito do Chamamento Público n.º 04/2021 (“Chamamento Público”).

A finalidade deste Caderno Jurídico é a de fundamentar, com base em premissas do Chamamento Público e de premissas técnicas, a proposta de modelagem legal sugerida pelo consórcio composto por ARAP, NISHI & UYEDA ADVOGADOS, sociedade de advogados com sede na cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Rua Fidêncio Ramos, 213, 1º andar, Vila Olímpia, CEP 04551-010, inscrito no CNPJ nº 08.202.066/0001-76 e GONÇALVES E BRUNO SOCIEDADE DE ADVOGADO, estabelecida na cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, com sede na Avenida Brigadeiro Faria Lima, 1.571 – 4º andar, inscrita no CNPJ/MF sob nº 04.778.227/0001-13 (“Consórcio AN&U/GBSA”).

Para elaboração do presente trabalho foram consideradas a (i) compatibilidade técnica prevista em normas e procedimentos científicos pertinentes; (ii) adequação à legislação e regulamentação aplicáveis; e (iii) observância às prioridades pautadas pelas políticas públicas estabelecidas pelo Governo do Estado de São Paulo (“Estado de São Paulo”).

Serão apresentados pontos específicos em que o Estado de São Paulo deverá observar para a materialização e acompanhamento do Projeto nos termos técnicos apresentados pelo Consórcio por meio dos Estudos ora entregues.

Assim, cumpre observar que o foco norteador deste Caderno Jurídico consiste em, mais do que a apresentação de uma solução única de modelo a ser utilizado, demonstrar as

---

principais regras jurídicas que merecem atenção para garantir a adequação dos atos destinados à implementação do Projeto.

## 2. CAPÍTULO 2º: DO CHAMAMENTO PÚBLICO n.º 04/2021

Com a publicação do Edital de Chamamento Público n.º 04/2021, o Estado de São Paulo deu início ao presente procedimento para fins de apresentação, análise e aproveitamento de estudos, com a finalidade de subsidiá-lo na implementação do Projeto de Concessão dos Serviços de Loterias, incluso no Programa Estadual de Parcerias pelo Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas (“CGPPP”) e Conselho Diretor do Programa Estadual de Desestatização (“CDPED”), instituído no âmbito da Secretaria de Projetos, Orçamento e Gestão do Estado de São Paulo.

A este procedimento dá-se o nome de Procedimento de Manifestação de Interesse (“PMI”), cuja finalidade consiste na cooperação entre Administração Pública e entidades privadas, a fim de que estas apresentem estudos técnicos e jurídicos, tais como este, nos termos do quanto instituído inicialmente pela Lei n.º 8.987/1995 (“Lei Federal de Concessões”):

*“Artigo 21. Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo Poder Concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital.”*

O instituto também guarda assento na Lei Federal n.º 14.133/2021 (“Nova Lei de Licitações”), segundo a qual:

*“Art. 81. A Administração poderá solicitar à iniciativa privada, mediante procedimento aberto de manifestação de interesse a ser iniciado com a publicação de edital de chamamento público, a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública, na forma de regulamento.  
§ 1º Os estudos, as investigações, os levantamentos e os projetos vinculados à contratação e de utilidade para a licitação, realizados pela Administração ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, e o*



*vencedor da licitação deverá ressarcir os dispêndios correspondentes, conforme especificado no edital.<sup>1</sup>*

Em breve síntese, trata-se de mecanismo pelo qual a Administração Pública busca o setor privado a fim de que este execute os estudos de viabilidade técnica e jurídica para o desenvolvimento de projetos que se pretende implantar, de forma a ampliar a participação direta da iniciativa privada na elaboração de documentos que poderão instruir eventual processo de licitação e contratação, além de aproveitar o *know-how* do setor privado.

Sob o ponto de vista da Administração Pública, a realização do PMI: (i) promove a divulgação da sua intenção em recolher subsídios adicionais para o projeto, (ii) verifica a reação do mercado acerca do interesse em viabilizar o empreendimento e (iii) possibilita transferir ao futuro concessionário o ônus de arcar com os custos da elaboração dos documentos e estudos para a licitação.

Além disso, o PMI proporciona às empresas interessadas estabelecerem uma relação de maior confiança com a Administração Pública contratante, na medida em que permite um maior aprofundamento, contato e conhecimento sobre o Projeto.

---

<sup>1</sup> “§ 2º A realização, pela iniciativa privada, de estudos, investigações, levantamentos e projetos em decorrência do procedimento de manifestação de interesse previsto no caput deste artigo: I - não atribuirá ao realizador direito de preferência no processo licitatório; II - não obrigará o poder público a realizar licitação; III - não implicará, por si só, direito a ressarcimento de valores envolvidos em sua elaboração; IV - será remunerada somente pelo vencedor da licitação, vedada, em qualquer hipótese, a cobrança de valores do poder público.

§ 3º Para aceitação dos produtos e serviços de que trata o caput deste artigo, a Administração deverá elaborar parecer fundamentado com a demonstração de que o produto ou serviço entregue é adequado e suficiente à compreensão do objeto, de que as premissas adotadas são compatíveis com as reais necessidades do órgão e de que a metodologia proposta é a que propicia maior economia e vantagem entre as demais possíveis. § 4º O procedimento previsto no caput deste artigo poderá ser restrito a startups, assim considerados os microempreendedores individuais, as microempresas e as empresas de pequeno porte, de natureza emergente e com grande potencial, que se dediquem à pesquisa, ao desenvolvimento e à implementação de novos produtos ou serviços baseados em soluções tecnológicas inovadoras que possam causar alto impacto, exigida, na seleção definitiva da inovação, validação prévia fundamentada em métricas objetivas, de modo a demonstrar o atendimento das necessidades da Administração”.

Entretanto, não há vinculação entre a realização do PMI e a deflagração de processo licitatório objeto dos estudos, motivo pelo qual o particular assume os riscos de a Administração Pública Municipal decidir por não utilizar as informações objeto de PMI.

Em relação ao Estado de São Paulo, a realização de PMI encontra-se prevista nos termos do Decreto Estadual n.º 61.371/2015, que institui “procedimento alusivo à apresentação, à análise e ao aproveitamento de estudos, encaminhados pela iniciativa privada ou por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual, e dá providências correlatas”<sup>2</sup>. Para a análise do Chamamento Público, passamos verificar a regularidade do processo até o momento, considerando as diretrizes do Decreto Estadual n.º 61.371/2015.

## 2. 1. Do Procedimento para Realização do PMI no Estado de São Paulo.

Conforme estabelecido pelo artigo 3º Decreto Estadual n.º 61.371/2015, o PMI será composto das seguintes etapas:

*“Artigo 3º. O procedimento será composto das seguintes fases:*

*I – Enquadramento Preliminar;*

*II – Chamamento Público;*

*III – Modelagem”.*

O Enquadramento Preliminar é composto por uma fase de “Proposição”, seguida da fase de “Análise Preliminar”. A primeira fase consiste na apresentação de proposta dirigida ao CGPPP ou ao CDPED, no âmbito do Programa Estadual de Parcerias de competência da Secretaria de Projetos, Orçamento e Gestão do Governo do Estado de São Paulo em

---

<sup>2</sup> Nos termos de seu Artigo 1º: “Este decreto institui o procedimento a ser adotado, no âmbito da Administração Pública direta, para a apresentação, a análise e o aproveitamento de estudos com a finalidade de subsidiar esta última na estruturação de parcerias. Parágrafo único. O procedimento instituído por este decreto: 1. não se aplica às parcerias regidas pela Lei federal n.º 13.019, de 31 de julho de 2014; 2. possui caráter facultativo, podendo a Administração Pública elaborar, internamente os estudos necessários à estruturação de parcerias; 3. poderá ser empregado para atualizar, complementar ou revisar estudos já elaborados”.



conjunto com a Secretaria de Fazenda e Planejamento. Finda a fase de Proposição, segue-se a fase de Análise Preliminar, que culminará com a aprovação ou não de proposta pelo Secretário Executivo, nos termos dos artigos 4º a 6º do Decreto Estadual n.º 61.371/2015.<sup>3</sup>

Uma vez aprovada a proposta pelo CGPPP ou CDPED, haverá deliberação do respectivo colegiado quanto à conveniência ou não da realização de chamamento público, passando-se então à etapa de Chamamento Público, cujo desenvolvimento engloba duas

---

<sup>3</sup> “Artigo 4º - O procedimento poderá ser iniciado por proposta que atenda aos seguintes requisitos: I - qualificação completa, que permita a identificação do proponente, bem como indicação de localização para eventual envio de notificações, informações, erratas, respostas e solicitação de esclarecimentos; II - descrição dos problemas e desafios concretos que justificam a parceria que se pretende instalar, bem como das soluções e dos benefícios que advirão de sua efetiva execução; III - indicação da modalidade de contratação a ser implementada e do arranjo jurídico preliminar proposto, bem como do respectivo prazo contratual, quando possível a estimativa; IV - demonstração, ainda que preliminar, da viabilidade econômica, jurídica e técnica da parceria proposta; V - enumeração dos parâmetros objetivos de inovação que poderão ser mensurados quando da comparação da parceria proposta em face das contratações executadas e dos serviços correntemente prestados, caso existentes, pela Administração Pública estadual. Artigo 5º - A apresentação da proposta observará o seguinte: I - o proponente deverá encaminhar a proposta por meio da plataforma digital de parcerias, endereçando-a ao Presidente do CGPPP ou do CDPED, conforme o caso; II - o Secretário Executivo remeterá a proposta à UPPP para a realização da análise de conformidade a que se refere o inciso V deste artigo; III - na hipótese de inviabilidade técnica do encaminhamento de documentos à plataforma digital de parcerias, a que se refere o inciso I deste artigo, o proponente, declarando tal impossibilidade na proposta apresentada, os entregará em mídia eletrônica na UPPP, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da data do protocolo eletrônico da proposta; IV - recebida a mídia eletrônica, a UPPP terá o prazo de 3 (três) dias para certificar, na plataforma digital de parcerias, a compatibilidade do seu conteúdo com aquele declarado pelo proponente; V - observado o disposto nos incisos II ou IV deste artigo, a UPPP analisará o atendimento dos requisitos estabelecidos no artigo 4º deste decreto e emitirá nota técnica, a ser submetida ao Secretário Executivo, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias contados da data de recebimento da proposta, manifestando os motivos de sua aprovação, rejeição ou necessidade de complementação; VI - ultrapassado o prazo de que trata o inciso V deste artigo sem a emissão de nota técnica ou justificativa fundamentada do Secretário Executivo para a extensão de tal prazo, a proposta será considerada rejeitada, para todos os fins, com o seu posterior arquivamento; VII - havendo interesse da Administração, poderá ser concedido prazo, mediante despacho do Secretário Executivo, para: a) adequação da proposta aos requisitos previstos no artigo 4º deste decreto; b) reapresentação de documentos, na hipótese de defeito na mídia eletrônica entregue; VIII - não atendidos os requisitos do artigo 4º deste decreto, ou inobservadas as adequações necessárias atestadas em nota técnica da UPPP, a proposta deverá ser rejeitada pelo Secretário Executivo, para todos os fins, com a comunicação ao proponente e posterior arquivamento do respectivo expediente, procedendo-se à comunicação ao CGPPP ou ao CDPED; IX - aprovada a proposta pelo Secretário Executivo, será dada ciência ao respectivo Secretário de Estado, observado, em seguida, o disposto na Seção II deste Capítulo. Artigo 6º - As propostas incompatíveis com o disposto no inciso VII do artigo 2º deste decreto serão rejeitadas, não dando direito a qualquer ressarcimento a seus proponentes, sem prejuízo da possibilidade de seu encaminhamento para exame pelos órgãos e entidades competentes da Administração Pública estadual”.

fases: (i) “Abertura do Chamamento Público” e (ii) “Da Autorização”, conforme artigos 12 a 16 do Decreto Estadual n.º 61.371/2015.<sup>4</sup>

Por fim, dar-se-á sequência à última etapa do PMI, de “Modelagem” propriamente dita, com “Avaliação, Seleção e Aprovação da Modelagem”, conforme estabelecido pelos artigos 20 e seguintes do Decreto Estadual n.º 61.371/2015.

Desta forma, observa-se que o presente PMI observou todas as formalidades legais vigentes desde sua proposição até o presente momento de apresentação de Projetos pelas Autorizadas.

---

<sup>4</sup> “Artigo 12. Aprovada a proposta pelo CGPPP ou pelo CDPED, o respectivo colegiado deliberará quanto à conveniência de ser realizado chamamento público, mediante a publicação de edital que contenha as informações e relacione os documentos a serem apresentados pelos interessados em obter autorização. § 1º - O edital de chamamento público será elaborado pelo Grupo de Trabalho de que trata o artigo 11 deste decreto, com fundamento no relatório da proposta, e deverá conter, no mínimo: 1. delimitação do escopo dos estudos a serem apresentados pelos interessados; 2. indicação das diretrizes e premissas da parceria a ser implementada; 3. prazo e forma de apresentação do requerimento de autorização; 4. critérios para qualificação do interessado e de análise e aprovação do requerimento de autorização; 5. prazo para a apresentação dos estudos, compatível com a complexidade e abrangência das atividades a serem desenvolvidas, contado da data de publicação da autorização; 6. valor nominal máximo para eventual ressarcimento, ou critérios para a sua fixação, bem como base de cálculo para fins de reajuste; 7. exclusividade da autorização, se for o caso, e respectivo critério de seleção do interessado; 8. os critérios para avaliação, seleção e ressarcimento dos estudos. § 2º - A delimitação de escopo a que se refere o item 1 do § 1º deste artigo poderá se restringir à indicação do problema a ser resolvido por meio da parceria, deixando aos interessados a possibilidade de sugerirem diferentes meios, modelos ou conjugação de arranjos jurídicos para sua solução. § 3º - O prazo para a apresentação dos estudos, a que se refere o item 5 do § 1º deste artigo, não poderá ser inferior a 20 (vinte) nem superior a 180 (cento e oitenta) dias. § 4º - Quando possível, o Grupo de Trabalho avaliará, em cada caso, a conveniência e oportunidade de reunir em um mesmo procedimento objetos contratualmente fracionáveis para assegurar, entre outros aspectos, economia de escala, coerência de estudos relacionados a determinado setor, padronização ou celeridade do processo. § 5º - O edital de chamamento público poderá fixar prazos intermediários para apresentação de informações e relatórios de andamento no desenvolvimento de estudos. § 6º - No caso de proposta originada da iniciativa privada, deverá constar do edital de chamamento público o nome do proponente. § 7º - O chamamento público poderá se limitar: 1. à finalidade de verificar junto aos interessados aspectos conceituais para a implementação de parcerias, hipótese em que, após a definição destes, a Administração Pública poderá elaborar novo chamamento público; 2. a aspectos parciais e específicos da parceria em modelagem. Artigo 13 - Caberá ao CGPPP ou ao CDPED deliberar quanto à concessão de autorização exclusiva, de acordo com critérios de vantajosidade, economicidade e tecnicidade, especialmente para ensejar à Administração Pública o máximo de subsídios e o mínimo de custos com o monitoramento e acompanhamento do desenvolvimento da modelagem. § 1º - A deliberação prevista no “caput” deste artigo deverá ser objeto de proposta fundamentada do Grupo de Trabalho. § 2º - A outorga de autorização exclusiva não impede a Administração Pública de colher a contribuição de demais interessados sobre a modelagem do empreendimento, inclusive mediante novo chamamento público”.

## 2. 2. Da Cronologia do Chamamento Público

Consoante os termos acima explicitados, o presente PMI foi precedido de proposta submetida na Plataforma Digital de Parcerias (“PDP”), objetivando o desenvolvimento de estudos de viabilidade técnica, econômico-financeira e jurídica, para fins de concessão dos Serviços Lotéricos no Estado de São Paulo. A matéria foi aprovada por unanimidade pelos Conselheiros do CGPPP e do CDPED, acolhendo as premissas preliminares de modelagem, consoante Ata da 23ª Reunião Conjunta Ordinária do Conselho Gestor do Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas publicada no Diário Oficial do Estado de São Paulo (“DOE”) de 03/07/2021.

Em 08/07/2021 publicou-se o Edital de Chamamento Público n.º 04/2021 e Anexos I<sup>5</sup> e II<sup>6</sup>, contendo, dentre outras, as informações elencadas no artigo 12, §1º do Decreto Estadual n.º 61.371/2015, tais como: delimitação do escopo; diretrizes e premissas do requerimento de autorização; critérios para avaliação, seleção e ressarcimento dos estudos; prazos para apresentação do estudo e outras informações pertinentes ao PMI, de forma que o processo foi instruído de maneira satisfatória, com as informações essenciais para a elaboração dos Estudos.

O prazo de inscrição e apresentação dos documentos necessários à autorização para os Estudos, inicialmente estabelecido para o dia 19/07/2021 foi prorrogado por mais 20 dias, conforme Aviso de Prorrogação de Prazo publicado no DOE de 20/07/2021, encerrando-se em 09/08/2021.

Tempestivamente, 16 (dezesseis) interessados protocolaram solicitações para autorização, sendo que, nos termos do Decreto Estadual n.º 61.371/2015, o Grupo de Trabalho instituído para o aprofundamento dos Estudos analisou a documentação dos interessados e, ao final, recomendou: (i) fossem enviados à 10 (dez) interessados pedidos

---

<sup>5</sup> Modelo de Solicitação de Autorização.

<sup>6</sup> Modelo de Declaração de Transferência de Direitos.

de esclarecimentos acerca da documentação apresentada; e (ii) a inabilitação de 6 (seis) interessados que não cumpriram as exigências constantes do item 3.3.3 do Edital de Chamamento Público<sup>7</sup>.

Na sequência, o Grupo de Trabalho constatou, mediante provocação de interessada, a indevida habilitação da “Fundação para o Desenvolvimento das Artes e da Comunicação”, retificando, portanto, o ato para fins de habilitá-la e conceder prazo de 03 dias úteis para apresentação de esclarecimentos necessários remanescentes, conforme “Retificação – DOESP de 12/08/2021 – Interessados Habilitados – CP 04/2021 – Loterias”.

Após a análise da documentação dos interessados, inclusive com a complementação das solicitações de autorização, o Grupo de Trabalho recomendou a aprovação de 12 (doze) empresas autorizadas, dentre elas o Consórcio AN&U/GBSA, concedendo o prazo de 50 dias, a contar da publicação do Comunicado no DOE de 26/08/2021, para a apresentação dos Estudos objeto do Chamamento Público.

Assim, protocolado na presente data, verifica-se que o Consórcio AN&U/GBSA cumpriu com as obrigações assumidas perante o Estado de São Paulo, constantes no Chamamento Público n.º 04/2021, atendidos os requisitos constantes do Decreto Estadual n.º 61.371/2021.

---

<sup>7</sup> Conforme “Comunicado – Complementação Dados – Interessados Habilitados – CP 04/2021 – Loteria”, publicado no DOE de 12.08.2021.

### 3. CAPÍTULO 3º: DA ANÁLISE JURÍDICA INSTITUCIONAL, LEGAL E REGULATÓRIA

#### 3.1. Arcabouço Normativo dos Serviços Lotéricos no Brasil

A primeira previsão normativa relativa à exploração de loterias no Brasil foi o Decreto Federal n.º 21.143/1932 (“Decreto 21.143/32”), que definiu a exploração de loteria como serviço público de titularidade da União e dos Estados. Neste mesmo diploma legal já havia permissão para que a exploração das loterias pudesse ser concedida à iniciativa privada, conforme constava dos seus artigos 18, 20 e 21.<sup>8</sup>

Posteriormente, em 1938, foi editado o Decreto-Lei n.º 854/1938 (“Decreto Lei 854/38”), por meio do qual se restringiu a concessão da exploração das loterias a *“concessionários de comprovada idoneidade moral e financeira”*.<sup>9</sup> Além disso, fixou que tais concessões, deveriam ser precedidas de concorrência, tanto no âmbito da União, quanto dos Estados.<sup>10</sup>

Por meio de uma reforma legislativa, editou-se em 1941 o Decreto-Lei n.º 2.980, de 24 de janeiro. De acordo com seus termos, a exploração do serviço público de loterias permanecia de titularidade da União e Estados, contudo, passou a prever expressamente a exploração de loterias de forma indireta:

---

<sup>8</sup> “Art. 18. As loterias estaduais só poderão ser concedidas sob a condição expressa de se subordinarem em tudo às disposições deste decreto, sob pena de rescisão de seus contratos, que será declarada pelo Governo Federal, independente de ação direta e de interpelação. (...) Art. 20. São consideradas como serviço público as loterias concedidas pela União e pelos Estados. Art. 21. São intransferíveis as concessões de serviços lotéricos, feitas pela União e pelos Estados, não podendo a firma comercial dos concessionários sofrer quaisquer modificações, sem prévio assentimento do poder concedente”.

<sup>9</sup> “Art. 2º Os governos da União e dos Estados poderão atribuir a exploração do serviço de loteria a concessionários de comprovada idoneidade moral e financeira”.

<sup>10</sup> “Art. 4º. É vedada a concessão de mais de uma loteria pela União ou pelos Estados. Art. 5º As concessões serão precedidas de concorrência pública. § 1º. As concorrências serão abertas, mediante edital publicado no órgão oficial da União, por prazo nunca inferior a 30 dias ou 90 no máximo.; § 2º. Quando se tratar de concorrência para o serviço de loteria estadual, o edital deverá ser também publicado no respectivo órgão oficial, ou, em sua falta, no de maior circulação no Estado”.

*“Art. 2º Os governos da União e dos Estados poderão atribuir a exploração do serviço de loteria a concessionários de comprovada idoneidade moral e financeira.*

*§ 1º A loteria federal terá livre circulação em todo o território do país, enquanto que as loterias estaduais ficarão adstritas aos limites do Estado respectivo. [...]”*

Em 1944, houve a publicação do Decreto Federal n.º 6.259/1944 (“Decreto 6.259/44”) por meio do qual se reafirmou a competência da União e Estados para exploração dos Serviços Lotéricos e a possibilidade de concessão da exploração destes serviços à iniciativa privada, merecendo destaque, especialmente, que o Decreto 6.259/44 trata os Serviços Lotéricos como derrogação das normas de Direito Penal, ou seja, uma exceção, autorizada pela União, da prática de jogos de azar. De acordo com o Decreto 6.259/44, qualquer loteria não autorizada pela União seria caracterizada como jogo de azar, passível de repressão penal.

Em 1961, o panorama normativo até então estabelecido foi alterado por meio do Decreto Federal n.º 50.954/1961 (“Decreto 50.954/61”),<sup>11</sup> que extinguiu a previsão para concessão dos Serviços Lotéricos no âmbito federal. Desta forma, a exploração dos Serviços Lotéricos no âmbito federal passou a ser de titularidade exclusiva do Conselho Superior das Caixas Econômicas, em colaboração com as Caixas Econômicas Federais, por intermédio da Administração do Serviço da Loteria Federal.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> “Em 1961, com o Decreto nº 50.954/1961 foi transferida às Caixas Econômicas Federais a administração exclusiva das loterias federais; por sua vez, foi somente a partir do Decreto nº 1.146/1962 que efetivamente implementou-se a Administração do Serviço de Loteria Federal e comercializou-se bilhetes de loterias diretamente pelas Caixas Econômicas Federais”. CAMPOS, Adriana Fiorotti. “A Regulação de Loterias no Brasil e Aspectos de Responsabilidade Social Corporativa das Loterias”, página 12. Terceiro Prêmio SECAP de Loterias, ano de 2019.

<sup>12</sup> “Art. 1º A Loteria Federal será explorada diretamente pela União. Art. 2º O serviço da Loteria Federal subordinado ao Ministro da Fazenda, será executado em todo País, pelo Conselho Superior das Caixas Econômicas em colaboração com as Caixas Econômicas Federais. Art. 3º Para os efeitos do disposto no artigo anterior, funcionará, junto ao Conselho Superior das Caixas Econômicas, um órgão especializado, com a denominação de Administração do Serviço da Loteria Federal. Parágrafo único. O Presidente do Conselho Superior das Caixas Econômicas será o Diretor Executivo da Administração do Serviço da Loteria Federal”.



Nesse sentido, importa destacar que, embora o Decreto 50.954/61 tenha extinguido a possibilidade de concessão dos Serviços Lotéricos no âmbito da União, não houve alteração da competência dos Estados para exploração ou delegação do serviço.<sup>13</sup>

O panorama normativo sofreu nova alteração por meio do Decreto Federal n.º 204/1967 (“Decreto 204/67”), o qual estabeleceu que a exploração dos Serviços Lotéricos seria (i) de exclusividade da União e (ii) insuscetível de concessão. Vejamos:

*“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”.*

Desta forma, o Decreto 204/67 reafirmou a impossibilidade de concessão da exploração dos Serviços Lotéricos e, principalmente, limitou a competência dos Estados para tal exploração, reservando esta prerrogativa somente à União. No entanto, sabendo-se que, à época, havia exploração dos Serviços Lotéricos por diversos Estados da Federação, o Decreto 204/67, previu em seu artigo 32 o seguinte:

*“Art. 32. Mantida a situação atual, na forma do disposto no presente Decreto-lei, não mais será permitida a criação de loterias estaduais.*

*§ 1º As loterias estaduais atualmente existentes não poderão aumentar as suas emissões ficando limitadas às quantidades de bilhetes e séries em vigor na data da publicação deste Decreto-lei.*

*(...)*

*Art. 33. No que não colidir com os termos do presente Decreto-lei, as loterias estaduais continuarão regidas pelo Decreto-lei nº 6.259, de 10 de fevereiro de 1944”.*

---

<sup>13</sup> Conforme reconheceu o Ministro Gilmar Mendes, Relator das ADPFs 492 e 493: (...) “É de se notar que, mesmo quando a União optou, em 1961, por restringir a exploração de loterias à modalidade direta no âmbito federal, permaneceu lícita a exploração de loterias pelos Estados, inclusive por meio de delegação”.

Como se vê, a partir da publicação do Decreto 204/67, os Estados ficaram impedidos de explorar o serviço lotéricos, exceto aqueles que já os exploravam. Ou seja, o Decreto 204/67 concedeu a determinados Estados um “salvo conduto” para continuarem a explorar os Serviços Lotéricos, desde que fossem mantidas as emissões de bilhetes e séries à quantidade em vigor na data de publicação do Decreto 204/67.

Em 1969 foram unificadas as diferentes Caixas Econômicas existentes<sup>14</sup> e constituída a Caixa Econômica Federal (“Caixa Econômica”), por meio do Decreto Lei n.º 759 de 1969 (“Decreto Lei 759/69”), a quem foi atribuída a exploração, com exclusividade, dos serviços da Loteria Federal do Brasil e da Loteria Esportiva Federal.

*“Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a constituir a Caixa Econômica Federal - CEF, instituição financeira sob a forma de empresa pública, dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e autonomia administrativa, vinculada ao Ministério da Fazenda.”*

*Art. 2º A CEF terá por finalidade:*

*(..)*

*d) explorar, com exclusividade, os serviços da Loteria Federal do Brasil e da Loteria Esportiva Federal nos termos da legislação pertinente;”*

Como se vê, a Caixa Econômica, desde sua constituição, foi vinculada ao Ministério da Fazenda e recebeu como atribuição a exploração dos Serviços Lotéricos no âmbito da União.

Não obstante, importante destacar que, conforme artigo 27, inciso V, item 6, da Lei Federal n.º 13.341/2016 (“Lei Federal 13.341/16”) a competência para exploração dos Serviços Lotéricos no âmbito da União é do Ministério da Fazenda. Vejamos:

---

<sup>14</sup> CAMPOS, Adriana Fiorotti. “A Regulação de Loterias no Brasil e Aspectos de Responsabilidade Social Corporativa das Loterias”, página 13. Terceiro Prêmio SECAP de Loterias, ano de 2019.

*“Art. 27. Os assuntos que constituem áreas de competência de cada Ministério são os seguintes: (...)*

*V - Ministério da Fazenda:*

*(...)*

*6. da exploração de loterias, inclusive os sweepstakes e outras modalidades de loterias realizadas por entidades promotoras de corridas de cavalos;”*

Desta forma, a competência para exploração dos Serviços Lotéricos no âmbito federal é de titularidade do Ministério da Fazenda, a quem incumbe regular e normatizar tais serviços, e a exploração e execução da atividade dos Serviços Lotéricos é de titularidade da Caixa Econômica, instituição vinculada ao Ministério da Fazenda.<sup>15</sup>

Contudo, importante destacar que o Ministério Fazenda foi extinto, sendo incorporado ao Ministério da Economia na forma de Secretaria da Fazenda e Planejamento.<sup>16</sup> Em razão desta reformulação de pastas, atualmente a regulação e supervisão dos Serviços Lotéricos foi atribuída à Secretaria de Avaliação, Planejamento, Energia e Loteria (“SAPEL”), do Ministério da Economia.<sup>17</sup>

Por fim, sobreveio a Lei Federal n.º 13.756 de 2018 (“Lei Federal 13.756/18”), que consolidou os dispositivos legais relacionados à destinação do produto da arrecadação das loterias, com a finalidade de proporcionar clareza e transparência ao sistema de

---

<sup>15</sup> “Observa-se que, no ambiente federal tem-se dois polos importantes de atenção, quando da abordagem das loterias, quais sejam, aquele responsável pela execução da atividade (em regra e na prática atual, a CAIXA), e o Ministério da Fazenda (inclusive por sua Secretaria de Acompanhamento Econômico), enquanto órgão que tem a função de regular, normatizar e dispõe sobre todos os elementos relativos às loterias”. BARBOSA, Allan Fuezi, “A possibilidade de instituição de apostas virtuais pelas loterias estaduais no Brasil e as limitações decorrentes do ordenamento jurídico” Página 18, ano de 2018.

<sup>16</sup> Decreto Federal nº 9.745/2019: “Art. 1º O Ministério da Economia, órgão da administração pública federal direta, tem como área de competência os seguintes assuntos: (...) f) da exploração de loterias, incluídos sweepstakes e outras modalidades de loterias realizadas por entidades promotoras de corridas de cavalos”;

<sup>17</sup> Decreto Federal nº 9.745/2019: “Art. 43. A Secretaria de Avaliação, Planejamento, Energia e Loteria compete: (...) X - supervisionar, no âmbito do Governo federal, a política e a regulação de loterias”;

rateio, além de promover alterações pontuais com intuito de garantir recursos às ações de segurança pública.

### 3.2. Modalidades de Loterias Federais

Cumpre, ainda, dentro da análise do panorama geral dos Serviços Lotéricos no ordenamento brasileiro, tecer considerações sobre as modalidades de loterias existentes traçadas pela Lei Federal n.º 13.756/2018 (“Lei 13.756/18”).

A Lei 13.756/18 consolidou em um único instrumento normativo as modalidades lotéricas e a destinação dos recursos destas loterias, conforme dispõe o artigo 14:

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

*§ 1º Consideram-se modalidades lotéricas:*

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

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

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

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

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

*(...)*

*Art. 29. Fica criada a modalidade lotérica, sob a forma de serviço público exclusivo da União, denominada apostas de quota fixa, cuja exploração comercial ocorrerá em todo o território nacional.*

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

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

*§ 3º O Ministério da Fazenda regulamentará no prazo de até 2 (dois) anos, prorrogável por até igual período, a contar da data de publicação desta Lei, o disposto neste artigo.”*

Como se pode ver, no Brasil atualmente existem quatro modalidades de loterias, sendo (i) Loteria Federal, (ii) Loteria de Prognósticos (*Prognóstico Numérico, Prognóstico Específico e Prognósticos Esportivos*) (iii) Loteria Instantânea Exclusiva e (vi) Loteria de Quota Fixa, modalidade mais recente, instituída pela própria Lei 13.756/18.

Além disso, a Lei 13.756/18 estabelece, de forma pormenorizada, a destinação dos produtos de cada uma das modalidades de Serviços Lotéricos, instituindo outras premissas importantes, como, por exemplo, a destinação de prêmios não reclamados pelos apostadores, o que será abordado em tópico oportuno.

### 3.3. Histórico da Legislação sobre Loterias no Estado de São Paulo

O serviço de loterias do Estado de São Paulo foi instituído por meio Decreto Estadual n.º 10.120/1939 (“Decreto Estadual 10.120/39”),<sup>18</sup> o qual vinculou os lucros líquidos da loteria como renda de aplicação especial aos Serviços de Assistência Social.

---

<sup>18</sup> Disponível através do link: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/1939/decreto-10120-14.04.1939.html> (acesso em 09/09/2021 às 14:15).

Em 1986, por meio da Lei Estadual 5.256/1986 (“Lei Estadual 5.256/86”),<sup>19</sup> o serviço de loteria no Estado de São Paulo passou a ser denominado como “Loteria da Habitação”, com destinação de seus recursos exclusivamente à concessão de linhas de crédito subsidiados para o financiamento de habitação popular e de sua infraestrutura básica.

A Lei Estadual 5.256/86 determinou que a exploração dos Serviços Lotéricos no âmbito do Estado de São Paulo se realizaria pelo ente estatal, por meio da Caixa Econômica do Estado de São Paulo S.A.<sup>20</sup>

Em 1999, a Lei Estadual n.º 10.242/1999 (“Lei Estadual 10.242/99”),<sup>21</sup> autorizou a implementação de nova Loteria Estadual de São Paulo chamada de “Loteria da Cultura”, com a previsão de que sua exploração e administração fosse realizada pelo ente estatal por meio do Banco Nossa Caixa S.A (“Nossa Caixa”), com resultado líquido destinado a fundo especial da Secretaria de Cultura do Estado de São Paulo.

A Lei Estadual 10.242/99 foi regulamentada pelo Decreto Estadual 46.103/2001 (“Decreto Estadual 46.103/01”),<sup>22</sup> que dispôs, entre outros pontos, que a Loteria da Cultura seria viabilizada por meio de quaisquer modalidades de concurso de prognósticos, sorteios ou similares, por impresso gráfico ou sistema eletrônico, instantâneo ou não, por números ou símbolos.

O Decreto Estadual n.º 46.103/01 admitiu expressamente a possibilidade de outorgar a terceiros a operação da Loteria da Cultura mediante “Credenciamento”, consoante se vê:

---

<sup>19</sup> Disponível através do link: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1986/lei-5256-24.07.1986.html> (acesso em 09/09/2021 às 14:35, lei revogada pela Lei Estadual n.º 17.386/2021).

<sup>20</sup> O Banco Caixa Econômica do Estado de São Paulo passou a se chamar Nossa Caixa S.A a partir do ano 1990.

<sup>21</sup> Disponível através do link: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1999/lei-10242-22.03.1999.html> (acesso em 09/09/2021 às 14:39, lei revogada pela Lei Estadual n.º 17.386/2021).

<sup>22</sup> Disponível através do link: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2001/decreto-46103-14.09.2001.html> (acesso em 09/09/2021 às 14:46).



*“Artigo 9.º - O Banco Nossa Caixa S.A. poderá, sob sua responsabilidade e com anuência expressa da Secretaria da Cultura, outorgar a terceiros, na forma da legislação em vigor, a operação da Loteria da Cultura nas suas diversas modalidades de concursos, sorteios ou similares, exceto a realização de sorteios.*

*Artigo 10 - Os credenciamentos de Agentes Lotéricos processar-se-ão tendo em vista os interesses da Loteria da Cultura e atendidas as seguintes condições:*

*I - o credenciamento será precário e intransferível e não constituirá vínculo empregatício com o Estado ou com o Banco Nossa Caixa S.A.;*

*II - o credenciado deverá:*

*a) ser pessoa física idônea ou jurídica legalmente constituída e estabelecida;*

*b) comprovar capacidade financeira, quando exigida;*

*c) comprovar a existência de local apropriado e acessível ao público para exposição e revenda dos programas de loteria e pagamento de prêmios, no caso de pessoa jurídica.*

*Parágrafo único - Além das condições estabelecidas neste artigo, serão observadas as condições de mercado, a disponibilidade de cotas e o interesse de sua política de comercialização.”*

Sobreveio a Lei Estadual n.º 10.871/2001 (“Lei Estadual 10.871/01”)<sup>23</sup> que modificou a Lei Estadual 5.256/86 para dispor que o resultado líquido da Loteria da Habitação seria convertido em Fundo denominado “Fundo Estadual da Habitação”, com aplicação a programas habitacionais geridos pela Secretaria da Habitação do Estado de São Paulo.

A Lei Estadual 10.871/01 foi regulamentada pelo Decreto Estadual n.º 46.549/2002 (“Decreto Estadual 46.549/02”)<sup>24</sup>, que também dispôs, entre outros pontos, que a Loteria da Habitação seria viabilizada por meio de quaisquer modalidades de concurso de prognósticos, sorteios ou similares, por impresso gráfico ou sistema eletrônico, instantâneo ou não, por números ou símbolos.

À exemplo do que ocorria com a Loteria da Cultura, a Loteria da Habitação também admitia que terceiros explorassem o Serviço Lotérico mediante Credenciamento, ainda que de forma mais restrita, nos termos do Decreto Estadual 46.549/02:

---

<sup>23</sup> Disponível através do link: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2001/lei-10871-10.09.2001.html> (acesso em 09/09/2021 às 14:48, lei revogada pela Lei Estadual n° 17.386/2021).

<sup>24</sup> Disponível através do link: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2002/decreto-46549-18.02.2002.html> (acesso em 09/09/2021 às 14:53).

*“Artigo 13 - A revenda dos bilhetes, cédulas numeradas ou quaisquer outras formas representativas de cada uma das modalidades de sorteio, concurso ou operação assemelhada da Loteria da Habitação poderá ser efetuada por intermédio de agentes lotéricos, de instituições filantrópicas reconhecidas de utilidade pública, de Sociedades de Bairro e Clubes Desportivos de Serviço, de empresas comerciais devidamente inscritas na Junta Comercial do Estado de São Paulo, e de vendedores autônomos, credenciados tendo em vista os interesses e resguardados os direitos e o patrimônio da Loteria da Habitação.*

*§ 1.º - Caberá ao Conselho de Orientação da Loteria da Habitação aprovar, mandar editar e publicar Norma Geral para Credenciamento e Regulamento Operacional, observando as condições de mercado, a disponibilidade de cotas, as garantias na concessão de crédito e de operação.*

*§ 2.º - O credenciamento de revendedores de que trata o “caput” deste artigo é intransferível, fornecido a título precário e não constitui vínculo empregatício com o Banco Nossa Caixa S.A.*

*§ 3.º - Não será concedido o credenciamento de que trata este artigo a empresas lotéricas, instituições filantrópicas e empresas, devidamente inscritas na Junta Comercial do Estado de São Paulo das quais participarem empregados do Banco Nossa Caixa S.A ou funcionários e servidores da Administração Centralizada e Descentralizada do Estado de São Paulo, nem a vendedores autônomos e de Sociedades de Bairro e Clubes Desportivos de Serviço na mesma situação funcional.*

Rememora-se que o Estado de São Paulo apenas manteve a exploração dos Serviços Lotéricos porque já o havia instituído antes da publicação do Decreto 204/67. Além de São Paulo, os Estados de Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Santa Catarina, Goiás, Rondônia, Pará, Bahia, Piauí, Paraíba, Ceará e Pernambuco mantiveram a exploração dos Serviços Lotéricos, enquanto os Estados do Paraná, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Acre, Amazonas, Tocantins, Roraima, Maranhão, Rio Grande do Norte, Sergipe, Alagoas e Distrito Federal, ficaram impedidos de estabelecer serviço lotéricos.<sup>25</sup>

Em 06/06/2007, o Supremo Tribunal Federal (“STF”) aprovou o enunciado de Súmula Vinculante n.º 02 (“SV nº 02”), com o seguinte teor:

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

---

<sup>25</sup> Informações extraídas do acórdão do julgamento das ADPFs 492 e 493, relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

Além da aprovação da SV nº 02 pelo STF, o Estado de São Paulo passava pela privatização da Nossa Caixa, então responsável pela gestão e exploração dos Serviços Lotéricos estaduais. Assim, em 28/01/2009, foi publicado o Decreto Estadual n.º 53.977/2009 (“Decreto Estadual 53.977/09”),<sup>26</sup> por meio do qual o Estado de São Paulo desonerou a Nossa Caixa de vínculos e obrigações decorrentes da administração e exploração das loterias estaduais.

A partir de então, as loterias do Estado de São Paulo – Loteria da Cultura e Loteria da Habitação - restaram inativas, sem atividades.

Contudo, passados mais de dez anos, em 30/10/2020, o STF alterou o contexto da exploração dos Serviços Lotéricos ao julgar as Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental (“ADPF”) nº 492 e nº 493, e Ação Direta de Inconstitucionalidade (“ADI”) n.º 4.986, alterando entendimento anterior e consignando que os Estados têm competência material para fins de exploração de loterias.

Referido julgamento assentou que “os artigos 1º e 32, caput e parágrafo 1º do Decreto-lei 204/1967, que tratam da exclusividade da União para explorar loterias, não foram recepcionados pela Constituição de 1988”.

Assim, tendo em vista que as Leis Estaduais 5.256/1986, 10.242/1999 e 10.871/2001 não haviam sido revogadas, após o julgamento do STF, o único óbice ao restabelecimento dos Serviços Lotéricos no Estado de São Paulo era a inexistência de ente responsável por sua exploração e gestão, tendo em vista que não houve designação de novo gestor após a privatização da Nossa Caixa.

---

<sup>26</sup> Disponível através do link: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2009/decreto-53977-28.01.2009.html> (acesso em 09/09/2021 às 15:05).

Diante disso, o Deputado Estadual Vinicius Camarinha<sup>27</sup> elaborou o Projeto de Lei n.º 40/2021 (“PL 40/2021”),<sup>28</sup> cuja proposição era a criação do Programa Estadual de Apoio à Oncologia Infantil e Enfermidades Correlacionadas (“Pró Oncologia Infantil”) com a autorização para criação da Loteria do Estado de São Paulo como forma de obtenção de recursos para financiamento do Pró Oncologia Infantil.

Embora o PL 40/2021 tenha sido aprovado pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo (“ALESP”),<sup>29</sup> o artigo 4º que dispunha sobre a criação e autorização para delegação da loteria do Estado de São Paulo foi objeto de veto do Governador do Estado de São Paulo (“Governador”).<sup>30</sup>

Posteriormente, em 08/06/2021, o Governador encaminhou à ALESP o Projeto de Lei n.º 359/2021 (“PL 359/2021”), cujo objeto era a “autorização, ao Poder executivo, para

<sup>27</sup> Deputado Estadual pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSB).

<sup>28</sup> Texto original do Projeto de Lei 40/2021 disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1000359136>.

<sup>29</sup> O PL 40/2021 foi publicado como Lei Estadual n.º 17.344/2021.

<sup>30</sup> Trecho das razões de veto do Governador do Estado de São Paulo:

*“(…) Reconheço os elevados propósitos dessa Casa Legislativa e acolho a iniciativa em seu aspecto essencial. Identifico, entretanto, a necessidade de vetar as alíneas “a” e “b” do inciso I e o inciso IV, do artigo 3º, e os artigos 4º e 5º da proposição, pelas razões a seguir expostas. No que tange às alíneas “a” e “b” do inciso I do artigo 3º (que preveem, respectivamente, prazo para a realização de exames e cirurgias e a disponibilização de estrutura de hospedagem e alimentação ao acompanhante da criança), ao inciso IV do artigo 3º (que estabelece a implantação de uma unidade de saúde especializada em cada Diretoria Regional de Saúde do Estado de São Paulo) e ao artigo 4º (que dispõe sobre a instituição de loteria), a proposta legislativa acaba por disciplinar matéria ligada primordialmente à função constitucional de administrar, deferida ao Chefe do Poder Executivo, a quem pertence, com exclusividade, a iniciativa da lei, quando necessária. (...) grifos nossos.*

Disponível em:  
<https://www.al.sp.gov.br/propositura/acessorio/?method=&telaOrigem=propDetalhada&docAcessoriosAberto=&orderByAcessorio=&act=detalhe&orderBy=&rowsPerPage=10&currentPage=1&currentPageDetalhe=1&idDocumento=1000362859&oldPropositura=1000359136&hideBackToSearchButton=&nrLegislatura=&idNatureza=&nrLegislativo=&nrAnoLegislativo=&nrRG=&nrAnoRG=&nrRGL=&nrAnoRGL=&idNaturezaMestre=&nrLegislativoMestre=&nrAnoLegislativoMestre=&idAutor=&idPartido=&idApoiador=&idPartidoApoiador=&idRegime=&idEtapa=&idTpAndamento=&tpProcesso=&tpAutor=&nrContrato=&dtContrato=&tpContrato=&nrOficio=&nrProcessoTce=&idEmpresa=&tpAprovacao=&tpVeto=&idMunicipio=&idUf=&idPerfil=&cdDocOrigem=&dtInicial=&dtFinal=&flParecer=&tpParecer=&idTipoParecer=&flRelatorEspecial=&idGrupo=&tpAndamento=&tpDocumento=acessorio&tpDocumentoMestre=&odsAssunto=&dsAssunto=&flAndOr=&nmPalavra1=&flAndOr1=&nmPalavra2=&flAndOr2=&nmPalavra3=&flExibeAcessorios=&flExibeProdutoFinal=&idNaturezaDetalhe=&nrLegisAcessorio=&nrAnoLegisAcessorio=&idPage=1>

contratar operações de crédito junto a instituições nacionais e internacionais, a prestar contragarantias em operações de crédito a serem celebradas pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - Sabesp, a instituir a Loteria Estadual de São Paulo, a alienar ou ceder direitos possessórios ou reais e conceder o uso de imóveis, e altera a Lei nº 17.293, de 15 de outubro de 2020, que estabelece medidas voltadas ao ajuste fiscal e ao equilíbrio das contas públicas.”

Dentre as proposições veiculadas por meio do PL 359/2021, constou a autorização, ao Poder Executivo, para instituir e explorar a Loteria Estadual de São Paulo. O PL 359/2021 foi aprovado pela ALESP, sancionado pelo Governador do Estado e publicado em 15/07/2021, como Lei Estadual n.º 17.386/2021 (“Lei Estadual 17.386/21”).<sup>31</sup> Com relação à Loteria Estadual, a lei estabeleceu o seguinte:

*“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”.*

Importante mencionar que o artigo 18 da Lei Estadual 17.386/21<sup>32</sup> expressamente revogou as Leis Estaduais 5.256/86, 10.242/99 e 10.971/01. Desta forma, a Loteria da Cultura e a Loteria da Habitação, então existentes no Estado de São Paulo, foram extintas dando lugar a uma nova Loteria do Estado de São Paulo (“LOTESP”), com a finalidade de utilizar o resultado líquido obtido no custeio de ações voltadas à assistência social e à redução da vulnerabilidade social no Estado de São Paulo.

### 3.4. O Supremo Tribunal Federal e constitucionalidade das Loterias Estaduais

---

<sup>31</sup> Disponível em <http://dobuscadireta.imprensaoficial.com.br/default.aspx?DataPublicacao=20210715&Caderno=DOE-I&NumeroPagina=1>

<sup>32</sup> “Artigo 18 - Ficam revogadas as Leis nº 5.256, de 24 de julho de 1986; nº 9.761, de 24 de setembro de 1997; nº 10.242, de 22 de março de 1999; e nº 10.871, de 10 de setembro de 2001”.

Como foi brevemente relatado acima, em 2007, o STF fixou o entendimento pela inconstitucionalidade das leis estaduais que dispusessem sobre o serviço de loterias e bingos, o que foi consolidado por meio da edição SV nº2, nos seguintes termos:

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

Nesse sentido, como já se esclareceu, a partir da publicação da SV nº 02 todos os Estados da federação que exploravam Serviços Lotéricos tiveram sua operação sob risco. Este foi o primeiro importante marco nos Serviços Lotéricos decorrente de posicionamento do STF.

É preciso destacar que, na ocasião da discussão para fixação do enunciado da SV nº 02, o âmbito de análise dos Ministros esteve limitado à competência privativa da União para legislar sobre consórcios e sorteios, bingos e loterias. Vejamos alguns precedentes da época:

*“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.570/03 DO ESTADO DO PARÁ. SERVIÇOS DE LOTERIAS. REGRAS DE EXPLORAÇÃO. SISTEMAS DE CONSÓRCIOS E SORTEIOS E DIREITO PENAL. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE A MATÉRIA. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. Ao mencionar "sorteios" o texto da Constituição do Brasil está aludir ao conceito de loteria. Precedente. 2. Lei estadual que disponha sobre espécies de sorteios usurpa competência exclusiva da União. 3. Flagrante incompatibilidade entre a lei paraense e o preceito veiculado pelo artigo 22, inciso X, da CB/88. 4. A exploração de loterias constitui ilícito penal. A isenção à regra que define a ilicitude penal da exploração da atividade vinculada às loterias também consubstancia matéria de Direito Penal. Compete privativamente à União legislar sobre*



*Direito Penal --- artigo 22, inciso I, CB/88. 5. Pedido de declaração de inconstitucionalidade procedente.*<sup>33</sup>

*EMENTA: 1. Ação direta de inconstitucionalidade: L. est. 11.348, de 17 de janeiro de 2000, do Estado de Santa Catarina, que dispõe sobre serviço de loterias e jogos de bingo: inconstitucionalidade formal declarada, por violação do art. 22, XX, da Constituição Federal, que estabelece a competência privativa da União para dispor sobre sistemas de sorteios. 2. Não está em causa a L. est. 3.812/99, a qual teria criado a Loteria do Estado de Santa Catarina, ao tempo em que facultada, pela legislação federal, a instituição e a exploração de loterias pelos Estados membros.*<sup>34</sup>

*EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LOTERIAS E BINGOS DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. VIOLAÇÃO DO ART. 22, XX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VÍCIO DE COMPETÊNCIA. INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES. São inconstitucionais, por ofensa à competência da União para legislar sobre sistema de consórcios e sorteios (art. 22, XX, da Constituição federal), os decretos que compõem o sistema normativo regulamentador do serviço de loterias e bingos no estado de Mato Grosso do Sul. Precedentes. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.*<sup>35</sup>

Outra importante decisão do STF ocorreu em 2020, por meio do julgamento das ADPF's n.º 492 e 493<sup>36</sup> e da ADIN n.º 1.986/MT, em que expressamente foi delineado o alcance da aplicabilidade da SV n.º 2.

---

<sup>33</sup> STF, ADI 3259, Ministro Relator Eros Grau, Publicação em 24/02/2006.

<sup>34</sup> STF, ADI 2996, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Publicação em 29/09/2006.

<sup>35</sup> STF, ADI 3183, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Publicação em 20/10/2006.

<sup>36</sup> A ADPF n.º 492, foi proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, enquanto a ADPF n.º 403 foi proposta Associação Brasileira de Loterias Estaduais, ambas contra os artigos 1º e 32, caput e §1º do Decreto Federal n.º 204/1967: "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. Art. 32 - Mantida a situação atual,

As ADPF's 492 e 493 tiveram como objeto os artigos 1º, 32, caput e 32, §1º do Decreto Lei 204/1967. Em síntese, as ações argumentaram que tais artigos não teriam sido recepcionados pela Constituição Federal de 1988 ("Constituição Federal") por clara violação ao princípio federativo, autonomia dos Estados, isonomia entre os Entes Federativos e a competência político-administrativa e residual.

Ao julgar a ação, o Relator, Ministro Gilmar Mendes ("Ministro Relator"), realizou amplo cotejamento jurídico sobre a matéria, salientando, especialmente que (i) quando o Constituinte quis atribuir com exclusividade à União a prestação de determinados serviços públicos, isso foi feito de forma expressa; (ii) a Constituição Federal expressamente fixou que são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas pela Constituição Federal (competência residual, artigo 25, §1º da Constituição Federal); e que (iii) não se pode inferir do texto constitucional a possibilidade de a União, por meio de legislação infraconstitucional, excluir outros Entes Federativos da exploração de atividade econômica (serviço público) autorizada pela Constituição Federal.

Merece especial destaque as considerações do Ministro Relator sobre o entendimento até então consolidado pelo STF:

*"(...) o simples fato de a CF/88 ter atribuído à União a competência legislativa sobre a matéria de modo algum preclui a exploração material do serviço pelos Estados. Basta lembrarmos que, desde 1932, todas as consolidações normativas sobre loterias foram veiculadas por lei federal e todas elas, sem exceção, expressamente autorizavam a exploração de loterias em âmbito estadual.*

---

*na forma do disposto no presente Decreto-lei, não mais será permitida a criação de loterias estaduais. § 1º As loterias estaduais atualmente existentes não poderão aumentar as suas emissões ficando limitadas às quantidades de bilhetes e séries em vigor na data da publicação deste Decreto-lei."* A ADI nº 4.986 foi proposta pelo Procurador Geral da República contra os artigos 1º a 10 da Lei 8.651/2007, bem como contra os Decretos 273/2011 (alterado pelo Decreto 346/2011), 784/2011 e 918/2011, todos do Estado do Mato Grosso.

*Nessa matéria não podemos cair na armadilha de confundir a competência legislativa sobre determinado assunto com a competência material de exploração de serviço a ele correlato. Lograr em tal impropriedade técnica seria tomar a nuvem por Juno.*

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

Nesse sentido, o Ministro Relator expressamente destacou que não era caso de superar a SV nº2, mas sim de delimitar o seu alcance para que se tenha claro que a SV nº 2 não alcança a competência material dos Estados de instituir Serviços Lotéricos dentro das balizas federais.

Ou seja, que “a competência privativa da União para legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios (art. 22, inciso XX, da CF/88) não preclui a competência material dos Estados para explorar as atividades lotéricas nem a competência regulamentar dessa exploração”.<sup>37</sup>

Desta forma, é nítido que o STF patrocinou dois importantes marcos para os Serviços Lotéricos no âmbito estadual, pois, no ano de 2007 o entendimento amplamente considerado foi pela inconstitucionalidade da exploração dos Serviços Lotéricos pelos Estados, enquanto em 2020 o STF consolidou a competência dos Estados para exploração e operacionalização dos Serviços Lotéricos em seus territórios.

O acórdão das ADPF's 492 e 493 trouxe importantes considerações para os Serviços Lotéricos: não só por ter delimitado o alcance da SV nº02, mas também por repisar outros elementos essenciais, que podem ser extraídos da conclusão do voto do Ministro Relator, no que foi acompanhado pelos demais Ministros da Corte. Vejamos:

---

<sup>37</sup> Voto Ministro Relator Gilmar Mendes, ADPFs 492 e 493, página 34.

*“(i) A exploração de loterias ostenta natureza jurídica de serviço público (art. 175, caput, da CF/88), dada a existência de previsão legal expressa;*  
*(ii) Os arts. 1º e 32 do Decreto-Lei 204/1967, ao estabelecerem a exclusividade da União sobre a prestação dos serviços de loteria, não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, pois colidem frontalmente com o art. 25, § 1º, da CF/88, ao esvaziarem a competência constitucional subsidiária dos Estados-membros para a prestação de serviços públicos que não foram expressamente reservados pelo texto constitucional à exploração pela União (art. 21 da CF/88);*  
*(iii) A competência privativa da União para legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios (art. 22, inciso XX, da CF/88) não preclui a competência material dos Estados para explorar as atividades lotéricas nem a competência regulamentar dessa exploração. Por esse motivo, a Súmula Vinculante 2 não trata da competência material dos Estados de instituir loterias dentro das balizas federais, ainda que tal materialização tenha expressão através de decretos ou leis estaduais, distritais ou municipais;*  
*(iv) Por outro lado, as legislações estaduais instituidoras de loterias, seja via lei estadual ou por meio de decreto, devem simplesmente viabilizar o exercício de sua competência material de instituição de serviço público titularizado pelo Estado-membro, de modo que somente a União pode definir as modalidades de atividades lotéricas passíveis de exploração pelos Estados”.*

Nesse sentido, o acórdão das ADPF's conferiu segurança jurídica e assentou o entendimento de que os Estados possuem competência para explorar Serviços Lotéricos. Adicionalmente, reiterou o regime jurídico dos Serviços Lotéricos, qual seja, de serviço público, conforme disciplina o ordenamento jurídico desde o primeiro Decreto Federal que tratou da matéria, Decreto Federal 21.143/32.

### 3.5. Identificação de incertezas, problemas e riscos decorrentes do resultado da análise

Como se viu nos tópicos anteriores, por definição legal, a exploração dos Serviços Lotéricos tem natureza jurídica de serviço público, o que foi amplamente validado pelo STF. Por consequência, a exploração de tais serviços está inexoravelmente submetida ao regime jurídico de Direito Público.

Além da legislação federal, que impõe as diretrizes gerais do sistema de loterias, nota-se que o Poder Judiciário teve e tem papel determinante para a segurança jurídica do setor,

tendo em vista que o entendimento jurisprudencial do STF, por duas vezes, alterou completamente os rumos do segmento de Serviços Lotéricos no Brasil.

Desta forma, a análise do risco regulatório deve ter como premissas (i) a estrutura normativa estabelecida pela União, (ii) o direcionamento jurisprudencial - especialmente o acórdão das ADPF's 492 e 493 -, e (iii) as proposições legislativas em andamento ou que possam surgir no âmbito federal.

### 3.5.1. Análise dos Riscos Regulatórios

#### *3.5.1.1. Estrutura normativa da União – Limites do poder regulamentar dos Estados para exploração dos serviços lotéricos*

Conforme indicação no item 3.4, esta análise tem como premissa a orientação traçada pelo STF no âmbito do acórdão das ADPF's 492 e 493, que reconheceu a competência dos Estados para exploração dos Serviços Lotéricos, desde que *“as legislações estaduais instituidoras de loterias, seja via lei estadual ou por meio de decreto, devem simplesmente viabilizar o exercício de sua competência material de instituição de serviço público titularizado pelo Estado-membro, de modo que somente a União pode definir as modalidades de atividades lotéricas passíveis de exploração pelos Estados.”*<sup>38</sup>

Assim, a análise do risco regulatório deve ter como premissa os limites da competência dos Estados para exploração e regulamentação dos Serviço Lotéricos.

Em primeiro lugar, a LOTESP deverá observar as modalidades de loterias existentes no âmbito federal. Tais modalidades, indicadas no item 3.2, são (i) Loteria Federal, (ii) Loteria de Prognósticos Numéricos, (iii) Loteria de Prognóstico Específico, (iv) Loteria de Prognósticos Esportivos, (v) Loteria Instantânea Exclusiva e (vi) Loteria de Quota Fixa.

---

<sup>38</sup> Acórdão das ADPFs 492 e 493, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, página 34.

Portanto, a LOTESP não poderá instituir modalidades de loterias que não estejam previamente delineadas pela União, sob pena de usurpação de competência.

O Estado de São Paulo tem o dever de observar as modalidades de Serviços Lotéricos delineados pela União. Contudo, de acordo com a orientação fixada pelo STF, não está obrigado a observar a regulamentação estabelecida pela União sobre a matéria. Ou seja, sendo os Serviços Lotéricos serviços públicos, o Estado de São Paulo tem autonomia para regulamentar a LOTESP, a partir dos estudos por ele desenvolvidos, sem obrigatoriedade de observar os parâmetros estabelecidos pela União quanto (i) à destinação dos recursos, (ii) à limitação de despesas e (iii) o volume de emissões de bilhetes.

Em segundo lugar, considerando a intenção do Estado de São Paulo, importante analisar se a exploração dos Serviços Lotéricos por sistema digital (virtual) poderia ser entendida como extrapolação do poder regulamentar estadual.

É preciso que se diga que as modalidades lotéricas não são identificáveis por suas nomenclaturas, mas por sua lógica de operação. Ou seja, para identificar se determinada loteria estadual está dentro dos parâmetros estabelecidos pela União é necessário avaliar a premissa lógica que definirá o prêmio e não a nomenclatura atribuída ou a forma/sistema para a sua comercialização.

Assim, a loteria de prognósticos numéricos é aquela em que o apostador tenta prever quais serão os números sorteados no concurso. Se a aposta se realizar por meio físico ou por meio virtual a modalidade da loteria não será alterada, o que se altera é, apenas, a forma de operação e comercialização.

Desta forma, observando a lógica estabelecida pelo STF, de que as legislações estaduais devem viabilizar a exploração dos Serviços Lotéricos no âmbito de cada Estado, a conclusão é que, desde que observadas as modalidades estabelecidas pela União, O Estado de São Paulo tem competência para instituir operação e comercialização por meio virtual, ainda que a respectiva modalidade seja operada e comercializada de forma distinta pela União.

### 3.5.1.2. *Limite geográfico de exploração da LOTESP*

A segunda premissa para exploração dos Serviços Lotéricos pelos Estados é que a atividade seja exercida somente na circunscrição do Estado, em observância à própria lógica federativa.

Desta forma, o Estado de São Paulo não poderá estabelecer pontos de venda físicos fora dos seus limites territoriais.

Contudo, com a implantação de Serviços Lotéricos por meio virtual, a limitação geográfica não é um fator de tão fácil aferição.

Ao estabelecer a comercialização de bilhetes da LOTESP por meio virtual, as apostas estarão acessíveis não só aos moradores do Estado de São Paulo, mas também a moradores de outros Estados, o que poderá ensejar discussão quanto à extrapolação da competência territorial.

Por essa razão, o Estado deverá exigir dos operadores que comercializem produtos lotéricos por meios virtuais que implementem sistemas de controle que impeçam a aquisição de um produto lotérico por um apostador ou por um equipamento localizado fora dos limites do Estado.

Entretanto, necessário ter em mente que a LOTESP terá como público-alvo os moradores do Estado de São Paulo, com publicidade destinada ao povo paulista. Eventual aquisição de bilhetes virtuais por parte de usuários de outros Estados caracterizará o que se chama de “venda passiva”,<sup>39</sup> consistente na venda que não é buscada pelo operador, com iniciativa exclusiva de determinados usuários.

---

<sup>39</sup> “De acordo com a Comissão Europeia (2010, p. 24), na “Comunicação da Comissão para Orientações relativas às restrições verticais”, as vendas passivas constituem ‘a resposta a pedidos não solicitados, apresentados por clientes individuais, incluindo a entrega de bens ou a prestação de serviços a esses clientes’. Com base nesse fundamento, deve-se permitir as vendas virtuais de natureza passiva dos serviços lotéricos de um estado em outro, tal como ocorre na sistemática dos acordos verticais na União Europeia”. BARBOSA, Alan Fuezi. *A possibilidade de instituição de apostas virtuais pelas loterias estaduais*



Tais vendas passivas são, em verdade, efeitos colaterais da operação, tal como a possibilidade de moradores de outros Estados da Federação adquirirem bilhetes em pontos de vendas físico durante viagens a outros Estados. Não há qualquer violação da competência territorial em razão deste tipo de comercialização.

Além disso, a aquisição de bilhetes de forma virtual demanda, ao usuário, o preenchimento de dados cadastrais, fator que auxilia no controle do quantitativo de usuários internos e externos ao Estado.

Apesar deste contexto, tendo em vista que não existe regulamentação sobre este ponto, é preciso considerar que há risco de proposição legislativa ou mesmo aprofundamento do entendimento jurisprudencial já consolidado para impor aos Estados o dever de instituir mecanismos de barreira de acesso a usuários externos aos seus respectivos territórios.

### *3.5.1.3. Eventual Extinção de Modalidade Lotérica pela União*

Como se demonstrou no item 3.4. e seguintes, o STF assentou a constitucionalidade da exploração dos Serviços Lotéricos pelos Estados (e Distrito Federal), condicionando tal exploração à observância das modalidades de Serviços Lotéricos previstos na legislação federal.

Nesse sentido, os Estados não detêm competência para instituir modalidades próprias de Serviços Lotéricos, apenas para explorar as modalidades previamente instituídas pela União.

Partindo desta premissa, na hipótese de a União extinguir determinada modalidade de Serviço Lotérico, este fato terá imediata repercussão aos Estados, uma vez que não

poderão, no âmbito de sua competência regulamentar, explorar modalidade de Serviço Lotérico extinto.

Neste ponto, entende-se que eventual extinção de modalidade de Serviço Lotérico pela União representa risco de continuidade da exploração pelo Estado de São Paulo, por ausência de previsão legal legitimadora. Tal risco também deverá compor a matriz de risco jurídico-regulatória da LOTESP.

#### ***3.5.1.4. Eventual legalização de exploração de Serviços Lotéricos Municipais***

Como se viu, no item 3.1, desde o primeiro Decreto Federal que tratou sobre a exploração dos Serviços Lotéricos, a titularidade da referida exploração foi concedida à União e Estados, até que o Decreto 204/67 retirou dos Estados tal prerrogativa. Assim, em nenhum momento histórico os municípios gozaram de autorização legal para exploração de Serviços Lotéricos.

Quando o STF promulgou o acórdão das ADPFs 492 e 493, declarou a inconstitucionalidade dos artigos 1º e 32, caput e §1º do Decreto 204/67, consagrando a competência dos Estados e do Distrito Federal para exploração de Serviços Lotéricos no âmbito de seus territórios.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> Trecho conclusivo do Voto do Ministro Gilmar Mendes: “(ii) Os arts. 1º e 32 do Decreto-Lei 204/1967, ao estabelecerem a exclusividade da União sobre a prestação dos serviços de loteria, não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, pois colidem frontalmente com o art. 25, § 1º, da CF/88, ao esvaziarem a competência constitucional subsidiária dos Estados-membros para a prestação de serviços públicos que não foram expressamente reservados pelo texto constitucional à exploração pela União (art. 21 da CF/88); (iii) A competência privativa da União para legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios (art. 22, inciso XX, da CF/88) não preclui a competência material dos Estados para explorar as atividades lotéricas nem a competência regulamentar dessa exploração. Por esse motivo, a Súmula Vinculante 2 não trata da competência material dos Estados de instituir loterias dentro das balizas federais, ainda que tal materialização tenha expressão através de decretos ou leis estaduais, distritais ou municipais. (iv) Por outro lado, as legislações estaduais instituidoras de loterias, seja via lei estadual ou por meio de decreto, devem simplesmente viabilizar o exercício de sua competência material de instituição de serviço público titularizado pelo Estado-membro, de modo que somente a União pode definir as modalidades de atividades lotéricas passíveis de exploração pelos Estados”.

A partir da publicação do acórdão das ADPFs 402 e 493, surgiu um movimento afirmando que os municípios também teriam competência para exploração dos Serviços Lotéricos. Tal entendimento se baseou, primordialmente, no voto proferido pelo Excelentíssimo Ministro Alexandre de Moraes. Vejamos:<sup>41</sup>

*“(...) Entendo que, por não existir expressa vedação aos estados e municípios, a União não poderia - nos termos do art. 19, III, da Constituição, que consagra uma das importantes vedações federativas -, ao exercer sua competência legislativa privativa, criar distinções ou preferências entre União e estados, entre União, estados e municípios ou entre estados diversos”.*

A partir desta interpretação do acórdão das ADPFs 492 e 493, alguns municípios, como por exemplo, Guarulhos (SP),<sup>42</sup> Colatina (ES),<sup>43</sup> Jundiaí (SP),<sup>44</sup> Cuiabá (MT),<sup>45</sup> Atibaia (SP)<sup>46</sup> e Porto Alegre (RS),<sup>47</sup> adotaram iniciativas legislativas para aprovar loterias municipais.

---

<sup>41</sup> Voto do Excelentíssimo Ministro Alexandre de Moraes no acórdão das ADPFs 492 e 493, página 48.

<sup>42</sup> Em 22/06/2021, a Prefeitura do Município de Guarulhos aprovou a Lei Municipal nº 7.912/2021, que autoriza a criação do serviço público de Loteria no Município de Guarulhos: [https://www.guarulhos.sp.gov.br/06\\_prefeitura/leis/leis\\_download/07912lei.pdf](https://www.guarulhos.sp.gov.br/06_prefeitura/leis/leis_download/07912lei.pdf).

<sup>43</sup> Em 20/09/2021 foi aprovado, pela Câmara Municipal de Colatina, o Projeto de Lei Municipal nº 147/2021, que autoriza o Município a instituir Loteria Municipal: <http://www3.camaracolatina.es.gov.br/Sistema/Protocolo/Processo2/Digital.aspx?id=14427&arquivo=Arquivo/Documents/IND/IND1472021-10082021171631.pdf#P14427>.

<sup>44</sup> Projeto de Lei Municipal nº 13.422/2021, de autoria do Vereador Cícero Camargo da Silva. Disponível em [http://sapl.camarajundiai.sp.gov.br/consultas/materia/materia\\_mostrar\\_proc?cod\\_materia=231809](http://sapl.camarajundiai.sp.gov.br/consultas/materia/materia_mostrar_proc?cod_materia=231809) (acesso em 01/10/2021 às 14:57).

<sup>45</sup> Prefeito Municipal Emanuel Pinheiro anunciou estudos para criação de Loteria Municipal. Disponível em <https://www.cuiaba.mt.gov.br/governo/emanuel-pinheiro-anuncia-estudo-para-criacao-de-loteria-municipal-em-cuiaba/24720>.

<sup>46</sup> <https://www.atibaia.sp.gov.br/noticias/cidade/projeto-quer-autorizar-criacao-de-loteria-municipal-em-atibaia/>.

<sup>47</sup> Projeto de Lei Municipal nº 217/2021, de autoria do Vereador Cláudio Janta. Disponível em <https://www.camarapoa.rs.gov.br/processos/136685> (acesso em 01/10/2021 às 15:00).

Especificamente sobre o Estado de São Paulo, destaca-se que o Município de Guarulhos é o único, até o momento, com Lei Municipal aprovada para instituir Serviços Lotéricos municipais.

Embora haja um movimento municipal ascendente para aprovação de loterias, é preciso repisar que o acordo das ADPFS 492 e 493 não atribuiu competência aos municípios para exploração dos Serviços Lotéricos. Inclusive, como se viu, o principal fundamento do acordo é a competência residual dos Estados (e Distrito Federal), competência não detida pelos municípios.

### *3.5.1.5. Proposições legislativas em andamento no Congresso Nacional*

De propositura do Senador Federal Renan Calheiros, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei Federal n.º 472/2007 (“PL 472/07”), cujo objeto é a autorização para que Estados e o Distrito Federal possam explorar Serviços Lotéricos.

O PL 472/07 foi proposto logo após a publicação da SV nº 2 pelo STF, a respeito da inconstitucionalidade das loterias estaduais. Passados mais de treze anos, o PL 472/07 ainda não foi sequer apreciado por todas as Comissões da Câmara dos Deputados. Contudo, é muito relevante como objeto de estudo, pois, sua eventual aprovação constituirá verdadeiro “marco legal” das loterias estaduais.<sup>48</sup>

O texto original proposto ao PL 472/07 é o seguinte:<sup>49</sup>

*“Autoriza os Estados Federados e o Distrito Federal a explorar loterias.  
O Congresso Nacional decreta:*

---

<sup>48</sup> PL 472/07 foi aprovado pela Comissão de Defesa do Consumidor em 29/08/2007. Aprovado pela Comissão de Finanças e Tributação em 15/05/2015. Em 26/05/2021 a Comissão de Finanças e Tributação requereu a realização de audiência pública virtual para debater o PL 472/07.

<sup>49</sup> PL 472/07 em trâmite na Câmara dos Deputados, pode ser acessado através do link <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345025> (acesso em 14/09/2021 às 16:34).

*Art. 1º Os Estados Federados e o Distrito Federal ficam autorizados a explorar loterias, como modalidade de serviço público, no âmbito de seus territórios observadas as condições estabelecidas nesta Lei.*

*Parágrafo único. A exploração de loterias pelos Estados poderá ser efetuada diretamente ou mediante concessão.*

*Art. 2º As loterias criadas pelos Estados e pelo Distrito Federal serão submetidas à prévia aprovação da Caixa Econômica Federal, observados os requisitos estabelecidos na regulamentação desta Lei.*

*Parágrafo único. Não serão aprovadas loterias com características semelhantes aos produtos lotéricos explorados pela Caixa Econômica Federal.*

*Art. 3º Do produto da arrecadação das loterias exploradas pelos Estados e pelo Distrito Federal, no mínimo 25% (vinte e cinco por cento) serão destinados ao fomento do desporto, à seguridade social e a outros programas sociais de interesse público, nos termos da regulamentação desta Lei.*

*Parágrafo único. Os Estados e o Distrito Federal deverão prestar contas dos recursos aplicados de acordo com o disposto no caput deste artigo à Caixa Econômica Federal.*

*Art. 4º A premiação bruta das loterias exploradas pelos Estados e pelo Distrito Federal não será inferior a 45% (quarenta e cinco por cento) do produto da arrecadação.*

*Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”*

Dentro da análise de riscos, incumbe destacar algumas previsões, especialmente (i) possibilidade de exploração de loterias de forma direta ou mediante concessão pelos Estados, (ii) dependência de prévia aprovação da Caixa Econômica Federal, (iii) dever de prestação de contas dos recursos aplicados à Caixa Econômica e (iv) imposição de que no mínimo 45% do produto da arrecadação seja destinado ao pagamento da premiação.

O artigo 2º do PL 472/07 impõe como condicionante à exploração de Serviços Lotéricos pelos Estados, a prévia aprovação pela Caixa Econômica Federal. Ou seja, da leitura literal do dispositivo entende-se que sem a aprovação da Caixa Econômica Federal os Estados não poderiam explorar suas loterias.

Entende-se, contudo, que é necessário estabelecer como premissa o julgamento do STF, que já definiu sobre a competência residual dos Estados para exploração de Serviços Lotéricos fundamentada pelo artigo 25, §1º da Constituição Federal, não podendo, portanto, ser objeto de restrição pela União.

Nesses termos, o estabelecimento de aprovação prévia por parte da Caixa Econômica Federal para exploração dos Serviços Lotéricos estaduais incorreria em clara violação ao

pacto federativo, por representar condicionante indevida ao exercício de competência dos Estados da Federação.

Portanto, caso o PL 472/07 seja aprovado pelo Congresso Nacional, entende-se que seria passível de controle de constitucionalidade pelo STF, como forma de preservar a competência dos Estados já reconhecida pela Corte.

O PL 472/07, ainda, pretende impor aos Estados o dever de prestar contas à Caixa Econômica Federal a respeito do produto de arrecadação de suas loterias. Tal previsão, contudo, é de constitucionalidade, no mínimo, duvidosa, haja vista que não compete à União dispor sobre os aspectos orçamentários dos Estados. Não compete à União exigir contas, assim como não compete à União determinar de que forma estes recursos serão empregados, sob claro risco de violação ao Pacto Federativo.

Assim, tem-se que tal previsão, se aprovada, revela risco regulatório à exploração dos Serviços Lotéricos estaduais e poderá ser objeto de controle de constitucionalidade pelo STF.

Da mesma forma que o ponto anterior, o PL 472/07 pretende ditar aos Estados como empregar os valores arrecadados por meio da exploração de Serviços Lotéricos estaduais. Tal dispositivo também viola a competência dos Estados, uma vez que não compete à União definir as prioridades orçamentárias dos Estados. Além disso, a definição, por parte da União, do patamar mínimo que deve ser destinado ao pagamento da premiação impõe claro ônus que poderá tornar inviável a exploração econômica dos Serviços Lotéricos pelos Estados, já que cada Estado tem suas peculiaridades e tal aferição deve obedecer a estudos previamente formulados antes da instituição dos Serviços Lotéricos.

Por fim, acrescenta-se que tal dispositivo está em clara oposição ao entendimento consolidado pelo STF de que *“a competência privativa da União para legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios (art.22, inciso XX, da CF/88) não preclui a competência material dos Estados para explorar as atividades lotéricas nem a competência regulamentar dessa exploração”*, de forma que também poderá ser objeto de controle de constitucionalidade pelo STF.

### 3.6. Identificação dos incentivos jurídicos-regulatórios de potencialização de prestação dos Serviços Lotéricos

Ainda, a título de providências, consoante a necessidade de se promover a regulamentação e instituição da LOTESP, conclui-se pela necessidade de elaboração de lei específica e respectivo Decreto para regulamentar os aspectos operacionais dos Serviços Lotéricos. Desta forma, propõe-se as seguintes minutas legislativas.

#### *3.6.1. Minuta de Lei da LOTESP*

Projeto de Lei nº [...], de [...] de 2021.

O Governador do Estado de São Paulo:

Faço saber que a Assembleia Legislativa decreta e eu promulgo a seguinte lei:

#### Disposições Gerais

Art. 1º A LOTESP poderá explorar quaisquer modalidades lotéricas previstas na Lei Federal nº 13.756/2018, cabendo ao Poder Executivo Estadual a regulamentação destas modalidades por meio de Decreto.

Art. 2º A LOTESP será explorada pelo Poder Executivo, cabendo à [...] a fiscalização da exploração, a fim de garantir o cumprimento das obrigações contratuais assumidas, sobretudo a integridade da distribuição da premiação e a exatidão dos pagamentos devidos ao Estado de São Paulo.

Art. 3º Fica o Poder Executivo autorizado a conceder à iniciativa privada a exploração da LOTESP no âmbito do Estado de São Paulo.



§1º A exploração indireta do serviço de loterias e jogos poderá ter por objeto uma, mais de uma ou todas as modalidades lotéricas e jogos admitidas em lei, na forma consignada no edital de licitação.

Art. 4º A delegação dos serviços da LOTESP à iniciativa privada será efetivada em observância à Lei Estadual nº 7.835/1992 e, subsidiariamente, no que couber, a Lei Federal nº 8.987/1995, Lei Federal nº 14.133/2021 e Lei Federal nº 8.666/93.

Art. 5º A outorga da modalidade Lotérica por Quota Fixa, poderá ser efetivada por meio de Autorização, conforme a Lei Federal nº 13.756/18, com seleção de operadores por meio de Credenciamento, com vistas a ampliar a quantidade de operadores no âmbito do Estado.

§1º Caberá ao Poder Executivo Estadual, por meio de Decreto, fixar a regulamentação do Credenciamento e o estabelecimento de pré-requisitos para operação da modalidade de Loteria por Quota-Fixa.

#### Destinação dos recursos da LOTESP

Art. 5º O produto da arrecadação total obtida por meio da captação de apostas ou de venda de bilhetes da LOTESP, em meio físico ou virtual, será destinado à assistência social e redução da vulnerabilidade social no Estado de São Paulo, conforme dispõe a Lei Estadual nº 17.386/2021, observadas as seguintes diretrizes:

I – [.] à seguridade social estadual;

II – [.] ao financiamento de ações, projetos e aporte de recursos na área da educação;

III – [.] ao pagamento de prêmios, ao recolhimento do imposto de renda incidente sobre a premiação e a cobertura de despesas de custeio e de manutenção do agente operador da loteria estadual;

§ 1º A destinação da arrecadação será regulamentada por Decreto do Poder Executivo, no prazo de [.] dias após a publicação desta lei.

§ 2º Os valores dos prêmios que não tenham sido reclamados pelos apostadores contemplados no prazo de prescrição previsto em regulamento serão revertidos a [.]

## Fiscalização

Art. 6º Fica vedada a exploração de qualquer modalidade lotérica, incluindo os jogos envolvendo sorteio e apostas, no âmbito do Estado de São Paulo, ressalvados os serviços de loteria explorados pela União Federal.

Art. 7º Para fins de fiscalização, devem ser adotadas as seguintes definições:

I - QUANTITATIVO DE VENDA: Quantia total arrecadada com a venda de bilhetes e/ou com o registro de apostas, em jogos lotéricos e/ou jogos de fortuna e/ou jogos de azar, no âmbito do Estado de São Paulo.

II- PAYOUT: Pagamento das premiações aos APOSTADORES/JOGADORES e dos tributos incidentes sobre esses pagamentos.

III - ARRECADAÇÃO: Valor total recebido pela LOTESP, em decorrência da exploração de jogos lotéricos, seja em decorrência de sua exploração direta (QUANTITATIVO DE VENDA subtraído o PAYOUT), seja em decorrência do recebimento da outorga de concessionária ou permissionária do serviço público, bem como outras maneiras indiretas de exploração permitidas pela lei.

IV - APOSTADOR ou JOGADOR: pessoa física que faz a aposta.

V - CONCESSIONÁRIA ou PERMISSIONÁRIA: Pessoa Jurídica ou Consórcio contratado pela CONCEDENTE para explorar jogos lotéricos e/ou jogos de fortuna e/ou jogos de azar, no âmbito do Estado de São Paulo, mediante o pagamento de outorga.

VI - CONCEDENTE: Estado de São Paulo ou qualquer outro órgão que tenha feito a concessão dos serviços de jogos lotéricos e/ou jogos de fortuna e/ou jogos de azar, no âmbito do Estado de São Paulo, antes da edição desta Lei.

V - NETWIN: QUANTITATIVO DE VENDA subtraído o PAYOUT.

VI - REMUNERAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA/PERMISSIONÁRIA: total de receitas apuradas com o QUANTITATIVO DE VENDA, subtraídos o PAYOUT

(pagamento das premiações e os tributos incidentes sobre esses pagamentos) e a ARRECADAÇÃO (pagamento destinado ao CONCEDENTE).

### Disposições Finais

Art. 8º O pagamento do prêmio será sempre realizado com a identificação do sorteado ou do vencedor da aposta registrada.

Art. 9º. Os estabelecimentos e pontos de venda responsáveis pela distribuição e venda de bilhetes de loteria ou de outros jogos que envolvam sorteios e registro de apostas estão sujeitos ao licenciamento prévio.

Parágrafo único. A autorização de funcionamento, de que trata o caput será expedida em conformidade com as normas expedidas pela [.]

Art. 10. É terminantemente proibida a utilização dos serviços lotéricos aos menores de idade, bem como a compra e ou registro de aposta em favor de menor.

Art. 11. O Poder Executivo regulamentará a presente lei.

Art. 12. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação e revogam-se as disposições em contrário

### *3.6.2. Minuta de Decreto Regulamentar*

Minuta de Decreto Estadual nº [.] de [.] de 2021.

O Governador do Estado de São Paulo, no uso das atribuições que lhe foram conferidas pelo artigo 47, inciso III da Constituição do Estado de São Paulo,

Considerando o que consta do Processo Administrativo nº [...];

Considerando o teor da Lei Estadual nº [...], que dispõe sobre a instituição da LOTESP, decreta:

Art. 1º O resultado líquido apurado pela LOTESP será aplicado em programas e projetos de interesse social, relacionados precipuamente à saúde, educação, ação social, e seguridade social, conforme as seguintes destinações:

- I – [...] será destinado à SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE;
- II - [...] será destinado à SECRETARIA DE EDUCAÇÃO;
- III - [...] será destinado à SECRETARIA DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL;
- IV - [...] será destinado ao INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES;
- V - [...] será destinado à SECRETARIA DE ESTADO DE ESPORTE E LAZER;
- VI - [...] será destinado à SECRETARIA DE ESTADO DE CULTURA E ECONOMIA CRIATIVA;
- VII - [...] será destinado à SECRETARIA DE ESTADO DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO; e
- VIII - [...] será destinado à FUNDAÇÃO DE AMPARO AO TRABALHADOR PRESO.

## 4. MODELO JURÍDICO PROPOSTO

O Modelo Jurídico proposto desenvolveu-se em conformidade com os pressupostos do item 1 do Edital, levando-se em consideração os Cenários A e B, consoante exigências constantes do Item 4 do Edital.

Por meio do presente Caderno Jurídico, apresentam-se as principais regras e premissas jurídicas aptas a subsidiar as conclusões técnicas e econômicas dos Estudos necessárias à implantação do Projeto, sendo certo que, conforme demonstrado abaixo, recomenda-se o Cenário A como o modelo jurídico a ser implementado pelo Estado de São Paulo para outorga da LOTESP à iniciativa privada.

Ressalte-se que a atuação da iniciativa privada, vislumbrada por meio dos Estudos, de forma alguma implicará em qualquer alteração nas prerrogativas atribuídas ao Estado, nas questões relacionadas às suas funções de regulamentação e de fiscalização das atividades que serão desempenhadas pela iniciativa privada.

### 4.1. Cenário A

O Cenário A consiste na outorga das modalidades de Loteria Tradicional, Instantânea e Prognósticos de forma aglutinada à um único operador que explorará tais atividade de forma exclusiva, sendo que a modalidade lotérica de apostas esportivas de Quota Fixa (“AQF”) seja outorgada de forma apartada à multioperadores.

CENÁRIO A - LOTESP			
Tradicional	Instantânea	Prognóstico	Apostas Esportivas
Único Operador – Exclusividade Concessão			Multioperadores Credenciamento

#### *4.1.1. Exclusividade na prestação dos Serviços Lotéricos (Tradicional, Instantânea e Prognósticos) por um único operador*

A exploração das Loterias Tradicional, Instantânea e Prognóstico de forma aglutinada e exclusiva por um único operador justifica-se pelo fato de que cada uma delas, individualmente consideradas, torna-se economicamente inviável, devido a características intrínsecas relacionadas a cada uma. Assim, aglutinação destas modalidades lotéricas permite a exploração dos serviços de forma a compensar e equilibrar as externalidades que cada modalidade individualmente considerada tornaria sua prestação menos atrativa à iniciativa privada ou até mesmo inviável.

De fato, conforme se pode verificar do modelo econômico e operacional constantes destes Estudos, a Loteria Instantânea necessita de investimentos mais baixos que podem ser amortizados em um período mais curto do que, por exemplo, se comparada às Loterias de Prognósticos, as quais demandam investimentos robustos para a sua implementação. Neste contexto, a aglutinação das modalidades lotéricas permite que haja uma melhor adequação dos efeitos dos custos/investimentos *versus* o retorno no fluxo de caixa da empresa operadora.

Importante ressaltar, outrossim, que a melhor adequação dos investimentos não foi o único fator que nos levou a concluir pelo modelo de operador único como melhor opção para exploração dessas 03 modalidades de loterias (instantânea, tradicional e prognóstico). Vejamos:

Apesar de cada uma das modalidades lotéricas possuir particularidades exclusivas, em especial o público, ticket médio de venda e alternância de períodos em que cada tipo de loteria atinge seus melhores resultados, a concorrência não planejada decorrente de estratégias de marketing não coesas pode levar a canibalização desses produtos lotéricos, o que, por consequência, reduziria os benefícios do Estado.

Tendo isso em vista, a outorga das três modalidades para o mesmo operador garantiria coesão e sinergia de planos de marketing para que os produtos lotéricos possam alcançar os melhores resultados. Com isso, o eventual benefício que se alcançaria com a disputa entre operadores tende a ser superado pelo malefício decorrente da “canibalização” dos

produtos, e, por consequência, atingimento de resultados finais menos vantajosos para os operadores e para o Estado.

Outro fator que fortalece a utilização de mono operador decorre do risco (ainda que remoto) de extinção, pela União, de uma modalidade lotérica, conforme descrito no item 3.5.1.3 deste trabalho. A outorga da exploração das 03 (três) modalidades para um único operador tende a dirimir de forma sensível a eventual necessidade de indenização ao operador que tiver seu contrato prejudicado em razão da extinção de uma modalidade lotérica.

Adicionalmente, para a prestação conjunta e exclusiva das três modalidades de Serviços Lotéricos entende-se que o melhor instrumento jurídico seja a outorga por meio de Concessão Comum.

Estabelece a Constituição Federal, em seu artigo 175, que *“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”*.

Especificamente no que diz respeito aos Serviços Lotéricos, o Estado de São Paulo editou lei específica autorizando expressamente a delegação de sua prestação à iniciativa privada, nos termos Lei Estadual n.º 17.386/2021:

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

Por sua vez, a Lei Federal de Concessões, com as recentes alterações promovidas pela Nova Lei de Licitações, estabelece que:

*“Art. 2º, II – concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que*



*demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”.*

Portanto, adequado o modelo ora proposto, delegando-se a um *mono operador* da iniciativa privada os Serviços Lotéricos, o qual demonstre capacidade para seu desempenho, executando em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário e outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.

Embora o conceito de serviço público tenha passado por uma série de mutações ao longo do tempo – tendo sido avaliado por alguns doutrinadores como um conceito de permanente crise<sup>50</sup> – entende-se que atualmente há um fenômeno de:

*“(...) redução do número de atividades capazes de nele se enquadrarem, com o correspondente aumento do número de atividades submissíveis ao conceito de atividades privadas de relevância pública, que antes eram serviços públicos – titularizadas pelo Estado<sup>51</sup>”*

Entende-se que a noção de serviço público passa, necessariamente, pelos seguintes elementos: (i) ter sua execução assumida ou garantida, de forma direta ou indireta, pela Administração Pública; (ii) submeter-se, ainda que com limitações, às leis e preceitos próprios do direito público; (iii) revestir-se, na sua execução, das características de permanência, generalidade, eficiência, modicidade das tarifas ou preços e cortesia; e (iv) necessidade de prévia licitação para poder ser explorado pela iniciativa privada, nos termos do artigo 175 da CF.

---

<sup>50</sup> Sobre o tema vide ARAGÃO, Alexandre Santos de. “O Serviço Público e suas crises”. In Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Alexandre dos Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques (coord.). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

<sup>51</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. “O Serviço Público e suas crises”. In “Direito Administrativo e seus novos paradigmas”. Alexandre dos Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques (coord.). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

Procurando evitar nova discussão acerca da definição do que seria serviço público, Floriano De Azevedo Marques Neto<sup>52</sup> busca encontrar elementos específicos que possam caracterizar a possibilidade de outorga de concessão comum, nos seguintes termos:

*“A concessão comum, nos termos de seu regime legal vigente, tem por objeto a delegação da prestação de uma atividade cuja fruição (serviço) seja demandada pelos cidadãos e cujo provimento tenha sido atribuído pela ordem jurídica ao Estado (Poder Público). O serviço público objeto da concessão é aquilo que Pedro Gonçalves designa por ‘tarefa administrativa de prestação’. Por corresponder a uma atividade, o objeto da concessão comum pressupõe uma prestação contínua e permanente por parte do concessionário. E a atribuição do dever de oferecer essa atividade aos cidadãos, como já visto anteriormente, pode implicar, ou não, a reserva de exclusividade estatal, podendo, inclusive, tal atividade ser explorada por outros particulares, concessionários ou não.” (Grifo nosso)*

Os Serviços Lotéricos são reconhecidamente serviços públicos, cuja caracterização se dá em virtude da função de sua destinação, vez que os recursos arrecadados adquirem caráter de essencialidade, em face de sua alocação em matérias constitucionais de Ordem Social, tais como seguridade social (artigos 194 e seguintes da Constituição Federal); educação, cultura e desporto (artigos 205 e seguintes da CR), dentre outros.

O Estado de São Paulo possui legislação específica dispondo sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos, nos termos da Lei Estadual n.º 7.832/1992 (“Lei Estadual de Concessões”), que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos no Estado de São Paulo, aplicando-se, também, as normas da legislação federal sobre licitações e contratos, bem como a Lei Federal de Concessões.

Da aplicação do regime jurídico previsto, decorrem, necessariamente, as seguintes características ao instituto contratual ora em comento:

---

<sup>52</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “Concessões”. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 178.

*Proteção irrestrita ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato (regra geral atinente aos contratos administrativos), inclusive em observância ao disposto no artigo 37, inciso XXI<sup>53</sup> da CF, sendo possível dispor acerca da metodologia admitida para a revisão extraordinária do contrato (fluxo de caixa marginal, taxa de desconto etc.);*

*Possibilidade de alteração unilateral do contrato pela Administração Pública, com a inclusão de novas obrigações ao contratado, sempre respeitado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato;*

*Extinção antecipada do contrato por meio de caducidade (em caso de descumprimento pela concessionária de suas obrigações e encargos contratuais, inclusive no que se refere aos níveis de serviços almejados pela Administração Pública), encampação (inclusive mediante prévia indenização ao particular) e rescisão pelo particular (em caso de descumprimento das obrigações da Administração Pública);*

*Estipulação contratual de normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço a ser prestado pelo particular no imóvel concedido, ainda que tal atividade não se caracterize como serviço público, mas tão somente serviço de utilidade pública;*

*Possibilidade de alocação de riscos ao particular e à Administração Pública nos termos do contrato, permanecendo alocados ao particular, em regra, os riscos ordinários inerentes à atividade econômica desempenhada no imóvel concedido, não havendo que se falar na existência de qualquer cláusula*

---

<sup>53</sup> “XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

*pétrea<sup>54</sup> referente à alocação de riscos que atribua ao particular, de forma irrestrita, todo e qualquer risco inerente à concessão; e*

*Reversibilidade do próprio imóvel objeto da concessão de direito real de uso e as demais edificações, benfeitorias e acessões a ele realizadas, nos termos disciplinados pelo contrato.*

Nesse contexto, quanto ao Cenário A, e diante do escopo destes Estudos, entende-se que as modalidades de Loteria Tradicional, Instantânea e Prognóstico, conjuntamente, devem ser objeto de outorga à iniciativa privada por meio de concessão comum a um único operador, em regime de exclusividade.

#### ***4.1.2. Exploração de Loteria AQF por múltiplos operadores mediante Credenciamento***

Ainda no Cenário A, a partir das conclusões do Estudo formulado, propõe-se a exploração dos Serviços Lotéricos na modalidade AQF<sup>55</sup> por meio de múltiplos operadores, com outorga por meio de Autorização via procedimento de Credenciamento.

---

<sup>54</sup> Conforme destaca FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES com relação à alocação de riscos em contratos de concessão: “Marcos Augusto Perez toca o ponto ao afirmar que o regime jurídico da concessão de serviço público (referia-se àquela que viria a ser a concessão comum aqui trata), na verdade, ‘não veicula a transferência de todos os riscos da contratação para o concessionário’. Ao contrário, para o autor, a concessão envolve uma distribuição, um compartilhamento de riscos. Diz: ‘o que defendemos é que ‘por sua conta e riscos’ não importa em transferência ao concessionário de todos os riscos inerentes ao empreendimento. Importa, sim, transferência ao concessionário dos riscos que o contrato indicar’. (...) Portanto, a concessão comum envolve, por certo, um arranjo pelo qual o particular (concessionário) assume riscos nos termos do que dispuser o pacto concessório (contrato). E devem ser transferidos ao particular os riscos que digam com sua capacidade de bem explorar os serviços (riscos de custos, riscos de demanda, por exemplo), ficando com o Poder Público aqueles riscos dificilmente evitáveis pela diligente ação do privado (risco político, riscos de alteração legislativa, riscos derivados de força maior, por exemplo). Mas se tenha, desde logo, claro que **inexiste possibilidade de se preconizar de modo geral e abstrato cláusulas pétreas sobre a alocação de riscos, variando o arranjo a depender das peculiaridades de cada concessão**” (Concessões. 1. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 183- 184.).

<sup>55</sup> Apostas por Quota Fixa – AQF ou Sport Betting.

Embora a modalidade AQF também seja serviço público e, portanto, subordinada ao comando do artigo 175 da Constituição Federal, sua operação e exploração tem características próprias que demandam modelagem específica.

A especificidade do modelo AQF foi delineada pela própria legislação federal, que estabeleceu no artigo 29, §2º da Lei 13.756/18, que a “*Loteria de apostas por Quota-Fixa será autorizada ou concedida pelo Ministério da Fazenda e será explorada, em ambiente concorrencial, com possibilidade de ser comercializada em quaisquer canais de distribuição comercial, físicos e em meios virtuais*”.

Como se vê, o legislador federal previamente consentiu a outorga da modalidade AQF por meio de Autorização, com intuito de ampliar o ambiente competitivo através de diversos operadores.

Nesse sentido, úteis as considerações de Udo Seckelmann sobre o tema:<sup>56</sup>

*“A discussão realizada pela Comissão de Esportes da Câmara dos Deputados do Brasil permanece vaga sobre qual modelo será adotado. Há duas opções em discussão: um “modelo de licenciamento” ou um “modelo de concessão”. O primeiro seria semelhante ao modelo do Reino Unido, ou seja, a emissão de autorizações temporárias para um número ilimitado de operadores – que atenderem os requisitos estabelecidos – com a finalidade de criar um ambiente competitivo e, assim, gerar receitas para o Estado através da arrecadação de impostos. A segunda opção basicamente atribuiria concessões para um número limitado de empresas de apostas para operar em território brasileiro com exclusividade e por um período fixo de tempo, de forma a criar um monopólio ou oligopólio no mercado. Na opinião do autor, a indústria só atingirá todo o seu potencial se um modelo de licenciamento for introduzido”.*

---

<sup>56</sup> <https://www.bicharaemotta.com.br/artigos/all-in-para-o-brasil-como-regulamentar-um-multibilionario-mercado-de-apostas-esportivas/>.

Fernão Justen de Oliveira<sup>57</sup> ao analisar os modelos possíveis de exploração da modalidade AQF concluiu que a modalidade de delegação à iniciativa privada dependerá unicamente da ponderação do Poder Concedente quanto às vantagens e desvantagens de cada modelo, devendo servir como fio condutor o ambiente concorrencial. Vejamos:

*“A exploração das apostas de quota fixa deverá ocorrer obrigatoriamente em ambiente concorrencial, conforme previsão expressa do art. 29, §2º, da Lei 13.756/2018. Trata-se de regra decorrente do art. 16 da Lei 8.987/1995, o qual admite a outorga de concessões em caráter de exclusividade somente em caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada.*

*Com isso, a delegação do serviço público de quota fixa sujeita-se à concorrência efetiva entre os particulares exploradores da atividade. Isso possui duas consequências práticas.*

*Por um lado, exclui a possibilidade de delegação para apenas um particular. O modelo a ser elaborado pelo Ministério da Fazenda deverá contemplar a possibilidade de múltiplos agentes privados serem delegatários do mesmo serviço.*

*Por outro lado, elimina os modelos de delegação estabelecendo previsões distintas entre os concessionários com potencial de acarretar vantagens comerciais e eliminar a efetiva concorrência. Ou seja, os serviços públicos deverão ser concedidos para particulares sob idênticas condições de exploração”.*

Como se vê, a legislação federal não só instituiu a modalidade AQF, como previu a possibilidade de outorga mediante Autorização como forma de instituir um ambiente concorrencial entre operadores.

---

<sup>57</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. “Apostas Esportivas no Brasil: Concessão, Autorização, Concorrência e Regulação”. Fernão Justen de Oliveira e Ricardo de Paula Feijó. Disponível em: [https://www.justen.com.br/wp-content/uploads/2018/12/ie-142-fernaoricardo-apostas-esportivas\\_atual.pdf](https://www.justen.com.br/wp-content/uploads/2018/12/ie-142-fernaoricardo-apostas-esportivas_atual.pdf).

Os Estudos deste Caderno Jurídico corroboram a orientação do legislador federal, indicando que a modalidade AQF apresenta melhores resultados financeiros quando explorada de forma não exclusiva. Uma vez que a utilização desta modalidade lotérica, pelos usuários, ocorre de forma predominantemente *online*, a exploração desta atividade por múltiplos operadores permitirá uma capilaridade maior no atingimento de apostadores ensejando volume mais robusto de receitas para o operador e, conseqüentemente, a possibilidade de maior outorga ao Estado de São Paulo.

Nesse aspecto, importante registrar que, tão importante quanto possibilitar a competição entre diversos operadores, a definição de critério rígidos no tocante a capacidade técnica e financeira desses operadores também se mostra essencial para garantir o sucesso dessa modalidade lotérica.

Desta feita, o edital para o Credenciamento dos operadores de AQF deverá exigir a comprovação de um elevado padrão de qualidade na prestação do serviço em mercados análogos ao do Estado de São Paulo, bem como uma robusta capacidade financeira do operador. Com isso, somente estarão elegíveis para obter o credenciamento aqueles operadores que, comprovadamente, tiverem alcançado os melhores resultados no mercado mundial.

Outros efeitos positivos decorrentes do estabelecimento de critérios rígidos para o credenciamento são: (i) a possibilidade de o Estado exigir maiores valores pela outorga inicial, posto que o número de elegíveis para operação será reduzido; bem como (ii) a facilitação do controle do Estado no tocante ao cumprimento das obrigações contratuais pelos operadores.

Assim, para que se conceda a Autorização a partir de uma seleção efetiva, respeitando os princípios da Administração Pública, especialmente, a isonomia, recomenda-se a utilização do procedimento auxiliar de Credenciamento.

A figura jurídica do Credenciamento é utilizada quando o objeto a ser contratado pela Administração Pública pode ser prestado por mais de uma pessoa capaz de fornecer o objeto pretendido, sem exclusividade. A respeito disso, Marçal Justen Filho expõe que:



*“A obrigatoriedade da licitação somente ocorre nas situações de exclusão, em que a contratação pela Administração com determinado particular exclua a possibilidade de contratação de outrem. Já que haverá uma única contratação, excludente da viabilidade de outro contrato ter o mesmo objeto, põe-se o problema da seleção da alternativa mais vantajosa e do respeito ao princípio da isonomia. É necessário escolher entre diversas alternativas e diferentes particulares interessados. A licitação destina-se a assegurar que essa escolha seja feita segundo os valores norteadores do ordenamento jurídico.*

*Por isso, não haverá necessidade de licitação quanto for viável um número ilimitado de contratações e (ou) quando a escolha do particular a ser contratado não incumbir à própria Administração. Isso se verificará especialmente quando uma alternativa de contratar não for excludente de outras, de molde a que a Administração disponha de condições de promover contratações similares com todos os particulares que preencherem os requisitos necessários. Sempre que a contratação não caracterizar como “escolha” ou “preferência” da Administração por uma dentre diversas alternativas, será desnecessária a licitação. Nessas hipóteses, em que não se verifica a exclusão entre as contratações públicas, a solução será o credenciamento.”*

Em princípio, o Credenciamento tem por fundamento, embora não explícito, no *caput* do art.

25 da Lei Federal n.º 8.666/93 (“Lei Federal de Licitações”), vez que se afigura como hipótese de inviabilidade de competição, na hipótese de vários prestadores possíveis para execução do objeto pretendido, de forma concomitante:

*“Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: (...).”*

Os Tribunais de Contas têm admitido a utilização do Credenciamento nas hipóteses em que não há interesse de a Administração Pública restringir a quantidade de contratados, com base na inviabilidade de competição:

*“O credenciamento é hipótese de inviabilidade de competição não expressamente mencionada no art.25 da Lei 8.666/93 (cujos incisos são meramente exemplificativos). Adota-se o credenciamento quando a Administração tem por objetivo dispor da maior rede possível de prestadores de serviços. Nessa situação, a inviabilidade de competição não decorre da ausência de possibilidade de competição, mas sim da ausência de interesse da Administração em restringir o número de contratados.” (TCU. Acórdão n.º 3567/2014 – Plenário)*

*“6. Como se observa, o credenciamento é instituto aplicável em situações de inexigibilidade de licitação, quando não há que se falar em concorrência dentre os interessados, uma vez que todos os credenciados serão contratados nos termos propostos pelo órgão. 7. Na modalidade de credenciamento, portanto, a avaliação técnica limita-se a verificar se a empresa interessada possui capacidade para executar o serviço.” (TCU. Acórdão n.º 408/2012 – Plenário)*

*“(…) embora o credenciamento não seja compatível com o procedimento licitatório, trata-se, na opinião dos juristas, de caso de inexigibilidade de licitação pela inviabilidade ou pela desnecessidade de competição, dado que, em tese, todos os interessados na prestação do serviço ficam disponíveis para a contratação.” (TCU. Acórdão n.º 1.751/2004 – Plenário)*

Veja-se que, apesar de até então atípica, a figura do Credenciamento vem sendo admitida na prática administrativa, naquelas hipóteses em que se torna inviável a competição, com fundamento no artigo 25 da Lei Federal de Licitações.

Atualmente, a recém editada Nova Lei de Licitações passou a prever expressamente o Credenciamento como uma das hipóteses de contratação direta, dirimindo-se assim

qualquer dúvida em relação à regularidade na utilização deste instrumento nas hipóteses de inviabilidade de competição, senão vejamos:

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

*IV – objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento.”*

O Credenciamento é, portanto, instrumento auxiliar de licitações e contratações a ser utilizado pela Administração Pública, de forma a desburocratizar e otimizar o aproveitamento de seus recursos públicos no processo de contratação, estabelecendo a Nova Lei de Licitações as hipóteses em que o instituto pode ser utilizado.

No que diz respeito ao objeto destes Estudos, o Credenciamento tem por fundamento a Nova Lei de Licitações:

*“Artigo 6º. Para os fins desta Lei, consideram-se:*

*XLIII – credenciamento: processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados.*

*[...]*

*Artigo 79. O credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação:*

*I – paralela e não excludente: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas;*

*II – com seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação;*

*III – em mercados fluidos: caso em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de agente por meio de processo de licitação.”*

O Credenciamento para outorga de Autorização da modalidade AQF amolda-se na hipótese constante do inciso I do artigo 79, uma vez que o Estado de São Paulo deverá promover chamamento público a fim de que todos os interessados possam se manifestar simultaneamente, respeitando-se critérios isonômicos preestabelecidos em Edital de Convocação. Neste sentido, aponta Edgar Guimarães que:

*“Na contratação paralela e não excludente, todas as condições para a execução de um serviço com ou sem fornecimento de bens são estabelecidas previamente pela entidade pública no edital de chamamento público, sendo que as efetivas contratações ocorrem simultaneamente e a qualquer tempo, na medida das necessidades. Neste caso, é imprescindível que o edital fixe critérios objetivos de alternatividade ou rotatividade entre os credenciados, como medida absoluta de observância e respeito aos princípios da isonomia, impessoalidade e moralidade.”<sup>58</sup>*

O parágrafo único do artigo 79 da Nova Lei de Licitações estabelece que “os procedimentos de credenciamento serão definidos em regulamento”. Contudo, tal dispositivo não constitui óbice para a realização de Credenciamento no âmbito do projeto, haja vista que nos próprios incisos encontram-se estabelecidas as regras de observância geral, a saber:

*“Art. 79. Parágrafo único. Os procedimentos de credenciamento serão definidos em regulamento, observadas as seguintes regras:*

*I – a Administração deverá divulgar e manter à disposição do público, em sítio eletrônico oficial, edital de chamamento de interessados, de modo a permitir o cadastramento permanente de novos interessados;*

*II – na hipótese do inciso I do caput deste artigo, quando o objeto não permitir a contratação imediata e simultânea de todos os credenciados, deverão ser adotados critérios objetivos de distribuição de demanda;*

---

<sup>58</sup> GUIMARÃES, Edgar. “Instrumentos auxiliares das licitações e contratações”. In: *Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei n.º 14.133/2021*. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Coordenação). 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

*III – o edital de chamamento de interessados deverá prever as condições padronizadas de contratação e, nas hipóteses dos incisos I e II do caput deste artigo, deverá definir o valor da contratação;*

*IV – [...];*

*V – não será permitido o cometimento a terceiros do objeto contratado sem autorização expressa da Administração;*

*VI – será admitida a denúncia por qualquer das partes nos prazos fixados no edital.”*

A par disso, na falta de regulamento procedimental específico, o Credenciamento deverá sempre observar as diretrizes básicas e princípios aplicáveis à contratação pública. O Tribunal de Contas da União (“TCU”), ao analisar processos de credenciamento, antes da edição da Nova Lei de Licitações, balizou parâmetros a serem observados pela Administração Pública:

*“O credenciamento pode ser considerado como hipótese de inviabilidade de competição quando observados requisitos como: i) contratação de todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições fixadas pela Administração, não havendo relação de exclusão; ii) garantia de igualdade de condições entre todos os interessados hábeis a contratar com a Administração, pelo preço por ela definido; iii) demonstração inequívoca de que as necessidades da Administração somente poderão ser atendidas dessa forma.” (TCU. Acórdão n.º 2504/2017 - Primeira Câmara)*

*“A aplicação do sistema de credenciamento na contratação de serviços deve observar os seguintes requisitos, conforme as orientações expedidas pelo Acórdão 351/2010-Plenário: a) a contratação de todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições fixadas pela Administração, não havendo relação de exclusão; b) a garantia da igualdade de condições entre todos os interessados hábeis a contratar com a Administração, pelo preço por ela definido; c) a demonstração inequívoca de que as necessidades da Administração somente poderão ser atendidas dessa forma, cabendo a devida observância das exigências do art.26 da Lei 8.666/93, principalmente*

*no que concerne à justificativa de preços.” (TCU. Acórdão n.º 5178/2013 - Primeira Câmara)*

Desta forma, cotejando-se os requisitos parametrizados pelo TCU às regras legais dispostas pelo artigo 79, Parágrafo Único da Nova Lei de Licitações, é possível dizer que a realização do Credenciamento deve respeitar os seguintes requisitos:

- Edital de Chamamento Público. Em homenagem aos princípios da publicidade, da transparência e da igualdade, o edital deverá estabelecer os requisitos que os interessados devem atender para se credenciar, tais como indicação clara e precisa do objeto a ser contratado; fixação de critérios e exigências para obtenção do credenciamento; possibilidade de credenciamento a qualquer tempo; condições e prazos para prestação dos serviços; valor da contratação; critérios de reajuste, se for o caso; condições e prazos para pagamento; hipóteses de descredenciamento, assegurado o contraditório e ampla defesa no devido processo administrativo; canal para denúncias de usuários; sanções por irregularidades ou inexecução do contrato; recursos e prazos para interposição;
- Possibilidade de denúncia por qualquer das partes nos prazos fixados no edital de chamamento (artigo 79, parágrafo único, VI);
- Fixação de critérios isonômicos de alternatividade, possibilitando iguais oportunidades; previsão de condições padronizadas (artigo 79, I);
- Vedação de subcontratação do objeto contratado sem autorização da Administração Pública (artigo 79, parágrafo único);
- Ampla publicidade do Credenciamento: deve ser dada ampla divulgação ao Edital e seus anexos, bem como demais atos, por meio de publicação na imprensa oficial (Diário Oficial), bem como em portal eletrônico da Administração Pública.

A Nova Lei de Licitações prevê ainda que seja dada publicidade de regulamentos, normativos internos e dos Editais de Credenciamento, por meio do Portal Nacional das Contratações Públicas (“PNCP”)<sup>59</sup>, consoante disposto no artigo 54:

---

<sup>59</sup> Portal Nacional das Contratações Públicas: [Portal Nacional de Contratações Públicas \(pncp.gov.br\)](http://pncp.gov.br)

*“§ 2º É facultada a divulgação adicional e a manutenção do inteiro teor do edital e de seus anexos em sítio eletrônico oficial do ente federativo do órgão ou entidade responsável pela licitação ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, admitida, ainda, a divulgação direta a interessados devidamente cadastrados para esse fim.”*

Em que pese ser facultada a divulgação do edital de credenciamento por meio do PNCP, para os fins destes Estudos, entende-se que tal divulgação não desobriga o Estado do dever de dar ampla publicidade por meio do Diário Oficial e no sítio eletrônico do Estado de São Paulo.

Seguindo a premissa traçada pela legislação federal, a maior vantagem ao Estado de São Paulo é, justamente, obter o maior número de operadores dos Serviços Lotéricos AQF, uma vez que este modelo amplia a concorrência, elevando arrecadação, a rentabilidade econômica e qualidade do serviço prestado.

Neste contexto, verifica-se ser o Credenciamento o melhor instrumento a ser utilizado pelo Estado de São Paulo, a fim de promover a outorga de Autorização ao maior número possível de operadores para prestação dos Serviços Lotéricos AQF.

## 4.2. Cenário B:

Em que pese entendermos que o melhor modelo de outorga dos Serviços Lotéricos (Loteria Tradicional, Instantânea, Prognósticos e AQF) é o proposto no Cenário A, com intuito de cumprir o item 4.1.2 do Edital, os Estudos deverão considerar também o Cenário B. Desta forma, passa-se a analisar a seguinte hipótese de delegação da LOTESP à iniciativa privada: outorga das 03 modalidades de Serviços Lotéricos (Tradicionais, Instantânea, Prognósticos) isoladamente a um operador por meio de 3 concessões comuns e outorga da modalidade AQF a múltiplos operadores por Autorização via procedimento de Credenciamento..



CENÁRIO B- LOTESP			
Tradicional	Instantânea	Prognóstico	Apostas Esportivas
Único Operador – Exclusividade Concessão	Único Operador – Exclusividade Concessão	Único Operador – Exclusividade Concessão	Multioperadores Credenciamento

#### *4.2.1. Prestação dos Serviços Lotéricos (Tradicional, Instantânea e Prognósticos) por meio de múltiplos operadores*

Nos termos do Cenário A, a conclusão dos Estudos apresentados é que a aglutinação das modalidades Tradicional, Instantânea e Prognósticos oferece um plano de negócios mais favorável ao futuro operador, aumentando a atratividade do projeto no mercado.

Contudo, existe a possibilidade de cada uma das modalidades de Serviços Lotéricos ser outorgada distintamente a três operadores. Nesta hipótese, se propõe a outorga por meio de Concessão Comum, haja vista que as loterias tradicional, instantânea e de prognósticos não se sustentam financeiramente caso sejam exploradas por mais de um operador.

Importante ressaltar que, de acordo com as conclusões deste Estudo, a concessão de forma individualizada implicará alto risco de que algumas destas licitações restarem “vazias”, justamente pelo fato de que em alguns casos a sustentabilidade econômico-financeira da concessão não se verifica ou se revela pouco atrativa *vis a vis* do montante de investimentos necessários e demais encargos que deverão ser assumidos pelo Concessionário.

Quanto à modalidade AQF, como forma de prestigiar o direcionamento da legislação federal, reitera-se a recomendação de que sejam outorgados por meio de Autorização mediante Credenciamento, como forma de obter maior arrecadação ao Estado de São Paulo, conforme razões expostas no Cenário A.

Assim, em que pese o Edital de Chamamento n.º 004/2021 estabelecer como premissa a apresentação de modelos que homenageiem o Cenário B, conforme proposto em seu item 4.1.2, os Estudos nos levam a concluir que o melhor modelo a ser adotado pelo Estado de São Paulo é o proposto nos termos do Cenário A acima.

### 4.3. Da Inaptidão de outros modelos jurídicos

Com o intuito de dirimir eventuais dúvidas sobre a viabilidade de outros mecanismos jurídicos de outorga da LOTESP à iniciativa privada, passamos a apresentar as principais características de outros modelos jurídicos.

#### 4.3.1. *Permissão de Serviço Público*

A permissão de serviços públicos encontra-se prevista no artigo 175 da Constituição Federal, segundo o qual *“incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação dos serviços públicos”*, dispondo em seu parágrafo único que caberá à lei dispor sobre:

*“I – o regime jurídico das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;*

*II – os direitos dos usuários;*

*III – política tarifária;*

*IV – obrigação de manter o serviço adequado.”*

Ao lado da concessão, a permissão é instrumento hábil pelo qual a Administração Pública poderá valer-se, a fim de que possa delegar à iniciativa privada a prestação de serviços públicos.

Tradicionalmente, diz-se que a permissão possui natureza jurídica de ato administrativo, caracterizado pela precariedade, expedido para atender situações em que não se demandavam estabilidade, e que poderiam ser suprimidos unilateralmente e a qualquer

tempo, sem a necessidade de indenização, motivo pelo qual leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

*“Sua utilização, portanto, ficava restrita nos casos em que o permissionário não necessitaria alocar capitais vultuosos para o desempenho da atividade, ou poderia, sem transtornos, alocar em outro local o equipamento manejado ou, ainda, se o serviço não demandava implantação física dele ou no solo ou, mesmo, se a rentabilidade alta compensasse os riscos de sua supressão inopinada.”<sup>60</sup>*

Com a edição da Lei Federal de Concessões, foram fixadas peculiaridades das permissões em relação às concessões, conforme disposto nos artigos 2º, IV e 40, aplicando-se, no quanto o mais, a disciplina das concessões:

*“Art. 2º. Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:  
IV – permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.*

*Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.*

*Parágrafo único. Aplica-se às permissões o disposto nesta Lei.”*

Portanto, plenamente cabível que a Administração Pública valha-se do instituto da permissão, para fins de prestação de serviços públicos, sobretudo porque, diferentemente das concessões: (a) o permissionário pode ser pessoa física; (b) não há referência expressa à necessidade de possuir prazo determinado; (c) não demandam

---

<sup>60</sup> In: “Serviço público e concessão de serviço público”. São Paulo: Malheiros, 2017.

necessariamente a modalidade licitatória da concorrência; (d) são qualificadas como contratos de adesão; (e) são precárias e revogáveis unilateralmente; (f) não há previsão de obras públicas.<sup>61</sup>

No que diz respeito especificamente aos Serviços Lotéricos, em quaisquer modalidades, há autorização legal para fins de delegação da prestação à iniciativa privada, nos termos da Lei Estadual n.º 17.386/2021:

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

Não obstante, o Estado de São Paulo possui normas próprias em matéria de concessão de obras públicas e de concessão e permissão de serviços públicos, regras estas que delimitam o regime de contratação a ser observado nestas modalidades.

Neste sentido, dispõe a Lei Estadual n.º 7.832/1992 a respeito das permissões:

*“Artigo 2º. Para os fins desta lei, considera-se:*

*IV – permissão de serviço público: a delegação unilateral, discricionária e precária, à empresa individual ou coletiva ou a consórcio de empresas, da prestação de serviço de utilidade pública, por sua conta e risco, remunerada por tarifa cobrada dos usuários, feito em situações excepcionais, caracterizadas pela urgência.*

*Artigo 33 - A permissão de serviço público será formalizada mediante ato apropriado, ao qual se aplicarão, subsidiariamente, as normas da legislação sobre licitações e contratos e, no que couber, as disposições desta lei relativas às concessões.*

---

<sup>61</sup> Neste sentido: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *“Direito dos serviços públicos”*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

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

*Parágrafo único - O Poder Concedente poderá, mediante ato justificado e vinculado ao efetivo atendimento do interesse público, revogar a qualquer tempo a permissão, sem que o permissionário tenha direito a qualquer indenização, vedada, nessa hipótese, a reversão de bens.”*

Daí decorre que, diferentemente do quanto estabelecido pela Lei Federal de Concessões, a utilização da permissão como meio de contratação no Estado de São Paulo é feita em situações excepcionais, caracterizadas pela urgência.

Bem por isso, sua formalização não se reveste de contratualidade, de modo a garantir direitos dos permissionários, sendo expedido ato de permissão, que somente poderá subsistir enquanto perdurar situação de urgência, além do que pode ser revogado a qualquer tempo, sem assegurar direitos a indenização, vedando-se também a reversão de bens.

Diante do regime jurídico aplicável no Estado de São Paulo em relação às permissões, vislumbra-se não ser este instrumento apto à delegação dos Serviços Lotéricos, porquanto não há situação de urgência a justificar tal opção de modelo jurídico.

#### *4.3.2. Das parcerias público privadas*

O instituto jurídico das Parcerias Público-Privadas (“PPP”) foi criado pela Lei Federal n.º 11.079/2004 (“Lei Federal de PPP”), sendo certo que sua regulação ocorre, em âmbito estadual, pela Lei Estadual n.º 11.688/2004 (“Lei Estadual de PPP”).

Trata-se de instituto jurídico que visa conferir maior flexibilidade e maior confiança nas relações jurídicas formadas entre entes públicos e privados, podendo ser definida como um ajuste entre a Administração Pública e a iniciativa privada, tendo por objeto a implementação e a oferta de um empreendimento destinado à fruição direta ou indireta da coletividade, incumbindo-se a iniciativa privada da sua concepção, estruturação,

financiamento, execução, conservação e operação, durante todo o prazo estipulado para a parceria.

A flexibilidade é viabilizada por previsão legal que confere maior liberdade do particular organizar a forma pela qual cumprirá suas obrigações. Ainda, a flexibilidade também tem por fim superar a dificuldade frequente de obtenção de financiamentos em projetos de infraestrutura, de maneira que foram criadas regras legais que permitem o subsídio total ou parcial do Poder Público, além de regras que visam resguardar os interesses dos financiadores.

A confiança, por sua vez, revela-se por meio de dispositivos instituídos pela Lei Federal de PPP, visando garantir a capacidade do Estado de honrar com os compromissos por ele assumidos em razão da celebração de tais relações jurídicas, por meio da possibilidade deste oferecer maiores garantias de cumprimento pelo Estado de suas obrigações, particularmente as de pagamento, por meio da criação de fundos garantidores, de empresas estatais e outros mecanismos de garantia que reúnam ativos com adequada liquidez destinados a tais objetivos.

Outro aspecto a ser mencionado acerca do instituto diz respeito à expressa possibilidade de haver repartição dos riscos envolvidos no empreendimento entre o ente público e o ente privado. Isso significa que o edital de licitação e o contrato devem prever uma distribuição de responsabilidades entre as partes contratantes.

Atualmente, de acordo com nosso arcabouço legal, PPP são gêneros de formas de parcerias com a Administração, cujo espécies subdividem-se em duas: (i) concessão patrocinada e (ii) concessão administrativa. Cada uma destas espécies é dotada de características e peculiaridades próprias que devem ser observadas em cada caso concreto para eventual melhor escolha do instrumento jurídico aplicável.

#### *4.3.3. Da concessão patrocinada*

A Lei Federal de PPP define concessão patrocinada como a concessão de obras ou de serviços públicos em que haja a contraprestação da Administração Pública, adicionalmente à cobrança de tarifa dos usuários.

A ampla maioria da doutrina, no entanto, firmou entendimento de que a concessão patrocinada nada mais é do que uma concessão tradicional de serviço público com a possibilidade de pagamento pelo Poder Concedente de uma contraprestação pública. Conforme destacam Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado<sup>62</sup>:

*“(...) a concessão patrocinada é apenas uma concessão comum de serviço público que permite o pagamento pela Administração de uma contraprestação pública.”*

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Fernando Vernalha Guimarães<sup>63</sup>:

*“Observa-se, então, que o tipo legal da concessão patrocinada abarca o tipo da concessão comum de serviços públicos – adicionando-lhe atributo da contraprestação pecuniária provida cronicamente pela Administração Pública como parcela de remuneração do concessionário. A compreensão da hipótese legal da concessão patrocinada depende, por isso e em certa medida, da compreensão dos característicos da hipótese da concessão comum de serviços públicos. Para além disso, é relevante investigar o traço adicional que a singulariza relativamente à concessão comum de serviços públicos: a integração da contraprestação pecuniária provida pela Administração na remuneração do concessionário.”*

Ou seja, assim como as concessões comuns, a concessão patrocinada consiste em instrumento jurídico voltado para a execução de serviços públicos.

---

<sup>62</sup> In “Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada – fundamentos econômico-jurídicos”. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

<sup>63</sup>



Todavia, no presente caso os estudos de viabilidade econômico-financeira apontam para a desnecessidade de contraprestação do Poder Público, pois a prestação dos Serviços Lotéricos se sustenta mediante remuneração advinda dos apostadores. Adicionalmente, o Edital de Chamamento Público n.º 004/2021 estabelece que:

*“Item 2.3. Os interessados deverão observar, ainda, as seguintes condições para solicitação e realização dos projetos, levantamentos, investigações e estudos técnicos:*

*d) os estudos não deverão, em nenhuma hipótese, considerar o pagamento de contraprestação pecuniária, aportes de recursos ou qualquer desembolso por parte da Administração Pública.”*

Considerando que uma das premissas da concessão patrocinada é a remuneração do parceiro privado por meio de contraprestação paga pela Administração Pública, exclui-se desde já a escolha deste instituto jurídico para a concessão dos Serviços Lotéricos.

#### **4.3.4. Da concessão administrativa**

O instituto jurídico da concessão administrativa é definido pela Lei Federal de PPP<sup>64</sup> como um *“contrato de prestação de serviços, no qual a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”*.

Partindo da definição legal do instituto da concessão administrativa, conforme preconizado na própria Lei Federal de PPP, verifica-se que pode ser objeto do contrato de concessão administrativa a prestação de um serviço que não necessariamente se enquadre no conceito de serviço público, mas em um serviço administrativo – relacionado a uma atividade-meio da Administração Pública – ou de um serviço social –

---

<sup>64</sup> “Artigo 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa (...) § 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”.

não exclusivo do Estado; desde que sua usuária seja, direta ou indiretamente, a Administração Pública.

Nesse sentido, poder-se-ia afirmar que haveria uma aproximação conceitual, ao menos inicial, entre a concessão administrativa e o contrato de prestação de serviços de que trata a Lei Federal de Licitações. Para Alexandre Santos De Aragão,<sup>65</sup> no entanto, o que diferencia os contratos de concessão administrativa daqueles celebrados sob o regime da Lei Federal de Licitações é que:

*“(...) nas concessões administrativas, a forma de cálculo do valor a ser pago à empresa deve ser variável de acordo com as utilidades concretamente prestadas à Administração Pública ou à população, o que decorre do Princípio da Eficiência e da necessidade de compartilhamento de riscos que anima as parcerias público-privadas (...), já que, com o preço fixo, o risco ficaria exclusivamente com o Poder Público como nos contratos regidos pela Lei nº 8.666/93. Em outras palavras: tem que haver gestão do bem – prestação de serviços através dele -, o que, ao mesmo tempo diferencia as concessões administrativas da simples prestação terceirizada de serviços (em que não há disponibilização de infraestrutura pelo contratado) e da empreitada de obras públicas (em que há disponibilização da infraestrutura pelo contratado, mas não a prestação de serviços através dela).”*

Tal aproximação conceitual se deve justamente em razão do objetivo pelo qual o instituto da concessão administrativa foi criado, qual seja, o de viabilizar a aplicação da estrutura econômica das concessões de serviço público aos contratos de prestação de serviços que já podiam ser celebrados por meio do regime jurídico da Lei Federal de Licitações, mas que, no entanto, restavam inviabilizados em razão do prazo máximo de 5 (cinco) anos previsto na Lei Federal de Licitações para duração do contrato e, portanto, para a amortização e remuneração dos investimentos realizados pelo parceiro privado.

---

<sup>65</sup> “As PPP e as Concessões Administrativas” in “Estudos sobre a lei de parcerias público-privada”. MARQUES NETO, Floriano; SCHIRATO, Vitor Rhein. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 43.

Isto porque a vedação da celebração de contratos de prestação de serviços por um período maior que 5 (cinco) anos impede a viabilização de contratos que exijam dos particulares investimentos de grande monta em uma infraestrutura para a prestação dos serviços, pois tais investimentos são amortizados e remunerados por meio da exploração de tais serviços por certo período – quase a totalidade das vezes superior a 5 (cinco) anos.

Na concessão administrativa e na prestação de serviços, portanto, o particular contratado assume a execução material de uma atividade prestada à Administração Pública contratante.

Assim, considerando que os Serviços Lotéricos não se enquadram em uma atividade em que a Administração Pública seja sua usuária direta ou indireta, entende-se que a utilização da concessão administrativa para a concessão dos Serviços Lotéricos não se revela a mais adequada.

#### 4.4. Diretrizes gerais para viabilização dos modelos propostos

Os Estudos propõem como Modelo Jurídico viável e com maior vantajosidade econômica para o Poder Público aquele descrito no Cenário A, consistente em: (i) Concessão Comum, na modalidade onerosa, para fins de exploração em bloco dos serviços nas modalidades lotéricas Tradicional, Instantânea e Prognóstico por um concessionário, em regime de exclusividade; e (ii) Credenciamento, para fins de delegação da prestação da modalidade AQF a multioperadores. Já no Cenário B, as alternativas são, 03 concessões comuns, na modalidade onerosa e Credenciamento para Autorização de múltiplos operadores na modalidade AQF.

Para fins de viabilização do Modelo Jurídico proposto, de modo a promover efetivamente segurança jurídica, eficiência e maior vantajosidade para as partes, sobretudo ao Estado, passa-se a discorrer sobre as diretrizes gerais sugeridas para fins de sua implementação.

##### *4.4.1. Diretrizes Indispensáveis*

Primeiramente, para fins de exploração dos serviços, afigura-se indispensável a implementação de lei e da regulamentação da LOTESP.

A recém editada Lei Estadual n.º 17.386/2021 autorizou o Poder Executivo à instituição e exploração dos Serviços Lotéricos, cujo resultado líquido obtido deverá ser utilizado no custeio de ações voltadas à assistência social e à redução da vulnerabilidade do Estado (artigo 15). Ainda de acordo com a mesma lei (artigo 18)<sup>66</sup>, todos os diplomas que disciplinavam os Serviços Lotéricos no Estado de São Paulo foram expressamente revogados.

Com efeito, para fins de promover maior segurança jurídica às partes envolvidas na contratação, necessário que o Estado de São Paulo edite legislação específica instituindo a LOTESP, cujas disposições deverão conter, no mínimo: (i) forma de exploração dos Serviços Lotéricos; (ii) órgão ou entidade responsável pela prestação direta ou delegada; (iii) modalidades a serem exploradas e definições, observando-se a legislação federal sobre a matéria (Lei n.º 13.756/2018); (iv) disposição específica sobre destinação dos recursos provenientes das loterias e sua forma de aplicação; (v) criação de canal/ouvidorias para recebimento de elogios/queixas/reclamações dos usuários de Serviços Lotéricos; outras disposições relativas ao tema e de interesse da Administração Pública Estadual.

Para fins de viabilização do Modelo Jurídico proposto, de rigor a observância das normas regentes específicas em matéria de contratação mediante outorga de concessão comum, a saber: (i) Lei Estadual n.º 7835/1992, que dispõe sobre o regime de concessão de obras públicas, de concessão e permissão dos serviços públicos; (ii) Decreto Estadual n.º 41.650/1996, consoante o qual atribui ao CDPED a gestão do Programa Estadual de Participação da Iniciativa Privada na prestação de serviços públicos e na execução de obras de infraestrutura; (iii) Instrução Normativa TCE n.º 01/2008, notadamente no que

---

<sup>66</sup> “Artigo 18 - Ficam revogadas as Leis nº 5.256, de 24 de julho de 1986; nº 9.761, de 24 de setembro de 1997; nº 10.242, de 22 de março de 1999; e nº 10.871, de 10 de setembro de 2001”.

diz respeito aos contratos de concessão e/ou permissão de serviços públicos das Unidades Gestoras dos Órgãos do Poder Executivo Estadual.

Quanto ao procedimento licitatório, deve-se observar ainda, no que couber: (i) Lei Estadual n.º 6544/1989, que regulamenta as licitações e contratos no âmbito da Administração Pública Estadual; (ii) Decreto Estadual n.º 54.010/2009, o qual dispõe sobre a obrigatoriedade de inversão de fases nas licitações realizadas no âmbito da Administração Pública direta e indireta.

As normas a serem observadas no âmbito federal, quanto à concessão Comum: (i) Lei Federal de Concessões; (ii) Lei Federal n.º 9.074/1995: estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências; Lei Federal de Licitações ou Nova Lei de Licitações.

Para fins de viabilização do Credenciamento, podem ser utilizados os parâmetros já consolidados pela jurisprudência de Tribunais de Contas e de doutrina especializada. Contudo, de forma a promover segurança jurídica na contratação, reduzindo riscos para o Estado de São Paulo e para iniciativa privada, de rigor seja regulamentado pela Administração Pública, uma vez que o Estado de São Paulo não possui normativo geral e específico a respeito da matéria.

Nos termos do que dispõe o artigo 79, parágrafo único da Nova Lei de Licitações, o regulamento deverá definir os procedimentos do Credenciamento observadas as seguintes regras, entre outras já dispostas no item 4.1.2 deste Caderno Jurídico:

*“I - a Administração deverá divulgar e manter à disposição do público, em sítio eletrônico oficial, edital de chamamento de interessados, de modo a permitir o cadastramento permanente de novos interessados;*

*II - na hipótese do inciso I do caput deste artigo, quando o objeto não permitir a contratação imediata e simultânea de todos os credenciados, deverão ser adotados critérios objetivos de distribuição da demanda;*

*III - o edital de chamamento de interessados deverá prever as condições padronizadas de contratação e, nas hipóteses dos incisos I e II do caput deste artigo, deverá definir o valor da contratação;*

*IV - na hipótese do inciso III do caput deste artigo, a Administração deverá registrar as cotações de mercado vigentes no momento da contratação;*

*V - não será permitido o cometimento a terceiros do objeto contratado sem autorização expressa da Administração;*

*VI - será admitida a denúncia por qualquer das partes nos prazos fixados no edital.*

*Estabelecidos os parâmetros regulamentares do instituto, certo é que a segurança jurídica restará garantida, de forma a mitigar eventuais riscos da contratação.”*

Estabelecidos os parâmetros regulamentares do instituto, certo é que a segurança jurídica restará garantida, de forma a mitigar eventuais riscos advindos da delegação.

#### **4.4.2. Diretrizes Convenientes**

A tendência da Administração Pública é cada vez mais utilizar-se de instrumentos e mecanismos que promovam maior participação popular, de forma a alcançar de maneira mais efetiva as finalidades dos interesses públicos envolvidos nas contratações.

Nestes termos, a Lei do Processo Administrativo Estadual (“Lei n.º 10.177/1998”), permite ao Estado que promova “Audiências Públicas”, a fim de que sejam debatidas questões relativas à delegação dos Serviços Lotéricos, dada a relevância da matéria:

*“Art. 29. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.”*

E mais. Em se tratando de prestação de Serviços Lotéricos, é conveniente que o Estado de São Paulo promova, também, reuniões de sondagem de mercado (*marketing sounding*), a fim de discutir a estruturação do projeto e elaboração do Edital, Minuta de

Contrato e Anexos, com a participação de membros do setor interessado e Estado, consoante artigo 30 Lei n.º 10.177/1998:

*“Art. 30. Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação dos administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.”*

Ainda como diretriz a ser observada para implementação do projeto, o Estado de São Paulo deverá definir se a competência para fins de delegação dos Serviços Lotéricos, bem como a gestão, fiscalização e controle das concessões e credenciamento será atribuída a órgão já existente em sua estrutura organizacional ou então avaliar a oportunidade de criação de um órgão para tanto.

Neste sentido, verifica-se que a Secretaria de Projeto, Orçamento e Gestão (“SPOG”), regulamentada pelo Decreto Estadual n.º 64.998/2020, dispõe em sua estrutura de uma Subsecretaria de Parcerias (artigo 4º, inciso XII), cuja atribuição é o gerenciamento dos projetos de concessão à iniciativa privada. Caberá definir se esta Subsecretaria terá atribuição ou não para promover a licitação e contratação, bem como demais atos necessários à boa administração dos contratos, com todas as especificidades inerentes aos Serviços Lotéricos.

Se entender não ser o caso de se utilizar de órgão existente dentro de sua estrutura direta, pode também o Estado de São Paulo promover a criação de uma Agência Reguladora: entidade de natureza autárquica de regime especial, para fins de regulação e controle das atividades objeto da concessão e credenciamento – os Serviços Lotéricos.

A Constituição Federal estabelece que:

*“Artigo 37, inciso XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação.”*



Em que pese a ausência de legislação estadual específica a tratar do tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>67</sup> aponta que a instituição de agências reguladoras segue mais ou menos o mesmo padrão, conforme:

*“Elas estão sendo criadas como autarquia de regime especial. Sendo autarquias, sujeitam-se às normas constitucionais que disciplinam esse tipo de entidade; o regime especial vem definido nas respectivas leis instituidoras, dizendo respeito, em regra à maior autonomia em relação à Administração Direta; à estabilidade de seus dirigentes, garantida pelo exercício de mandato fixo, que eles somente podem perder nas hipóteses expressamente previstas, afastada a possibilidade de exoneração ad nutum; ao caráter final de suas decisões, que não serão passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública.*

*[...]*

*As atribuições das agências reguladoras, no que diz respeito à concessão, permissão e à autorização de serviço público resumem-se ou deveriam resumir-se às funções que o poder concedente exerce nesses tipos de contratos ou atos de delegação: regulamentar os serviços que constituem objeto de delegação, realizar o procedimento licitatório para escolha do concessionário, permissionário ou autorizatário, celebrar o contrato de concessão ou permissão ou praticar ato unilateral de outorga de autorização, definir o valor da tarifa e da sua revisão ou reajuste, controlar a execução dos serviços, aplicar sanções, encampar, decretar a caducidade, intervir, fazer a rescisão amigável, fazer a reversão de bens ao término da concessão, exercer o papel de ouvidor de denúncias e reclamações dos usuários, enfim exercer todas as prerrogativas que a lei outorga ao Poder Público na concessão, permissão e autorização.*

---

<sup>67</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “Direito administrativo”. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 590; 592,

As Agências Reguladoras, para fins de atingimento destas finalidades, podem, ainda, regulamentar os Servidos Lotéricos, baixando normas que, em resumo, sejam aptas a: *“(a) regular a própria atividade da agência por meio de normas de efeitos internos (b) conceituar, interpretar, explicitar conceitos jurídicos indeterminados contidos em lei, sem inovar na ordem jurídica”*.<sup>68</sup>

No âmbito federal, as agências reguladoras são disciplinadas pela Lei Federal n.º 13.848/2019 (*“Lei das Agências Reguladoras”*), buscando conferir maior segurança jurídica à iniciativa privada, sociedade e agentes públicos envolvido nestas relações objeto de prestação dos serviços públicos, unificando legislações setoriais e ressaltando a natureza jurídica e disciplina legal destas entidades, cujas normas gerais podem ser utilizadas como parâmetro também no âmbito estadual, a saber:

*“Artigo 3º. A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.”*

Na hipótese de se instituir uma Agência Reguladora de Serviços Lotéricos, pontue-se a conveniência de que seja também implementado Controle Interno e Programa de Integridade, tendência nos setores público e privado, que se encontra consolidada no artigo 3º, §3º da Lei das Agências Reguladoras:

*“Art. 3º. § 3º. As agências reguladoras devem adotar práticas de gestão de riscos e de controle interno e elaborar e divulgar programa de integridade, com o objetivo de promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção.”*

---

<sup>68</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *“Direito administrativo”*. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 593.

A Lei de Agências Reguladoras também dispõe sobre processo decisório, prestação de contas e controle social, da articulação entre agências e órgãos de defesa do consumidor, entre outros que podem ser utilizados pelo Estado de São Paulo como parâmetro legal.

Outra providência a ser observada pelo Estado, para fins de viabilização dos modelos propostos, é a implementação Lei Federal n.º 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados “LGPD”), em vigência, uma vez que para a exploração dos Serviços Lotéricos os concessionários e credenciados coletarão dados e informações dos usuários, devendo, portanto, observar suas diretrizes.

Em que pese haver instruções editadas pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (“TCESP”) a serem observadas em matéria de licitações, contratos, concessões e permissões (IN 02/2008), a fim de aumentar a segurança jurídica na contratação, tendo em vista sobretudo tratar-se de nova forma de delegação da prestação de Serviços Lotéricos, sugere-se a formulação de Consulta ao TCESP, nos termos do quanto disposto no artigo 30 do Decreto-lei n.º 4657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – “LINDB”):

*“Artigo 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.*

*Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão”.*

Anteriormente, o Estado de São Paulo explorava de forma direta os Serviços Lotéricos, por meio do Banco Nossa Caixa, que ostentava natureza jurídica de sociedade de economia mista. Sendo assim, o TCESP apreciava a prestação de contas da extinta estatal

sob outra perspectiva fático-jurídica<sup>69</sup>, diferente do presente Modelo Jurídico cuja prestação do serviço público lotérico será delegada para a iniciativa privada mediante concessão comum e credenciamento.

Deste modo, as consultas devem versar de forma genérica e em tese sobre o caso, mediante documento dirigido e protocolizado ao Conselheiro Presidente, observado o rito constante dos artigos 226 a 229 do Regimento Interno do TCESP:

*“Art. 226. O Tribunal Pleno resolverá sobre as consultas que lhe forem feitas acerca de dúvidas suscitadas na aplicação das disposições legais concernentes à matéria de sua competência, desde que não envolva caso concreto ou ato consumado.*

*§ 1º O Tribunal Pleno poderá, excepcionalmente, apreciar o mérito de consulta que contenha individualização da situação fática apresentada, caso o recomende relevante razão de interesse público.*

*§ 2º As consultas, a que se refere este artigo, formuladas por intermédio dos Chefes dos Poderes Públicos estaduais e municipais, Secretários de Estado e dirigentes das entidades da administração indireta e fundacional, tanto do Estado como dos Municípios, constarão de exposição precisa da dúvida, com formulação de quesitos.*

---

<sup>69</sup> Apenas a título exemplificativo: TC 20730/026/05 (Contrato gráfico para fins de fornecimento de bilhetes lotéricos da Loteria de Habitação do Estado de São Paulo – modalidade tradicional); TC 26516/026/03 (Fornecimento de bilhetes de loteria modalidade instantânea); TC 029212/026/03 (Armazenamento e distribuição de bilhetes de loteria, inclusos o seu manuseio e guarda, controle de estoque, recebimento e administração de pedidos realizados por revendedores e credenciados); TC 26827/026/94 (Exame Prévio do Edital relativo à Concorrência-Dices 2 Número 020/94, promovida pela Nossa Caixa-Nosso Banco, destinada a contratação de empresa especializada para prestação de serviços de implantação, gerenciamento e operação de loterias de prognósticos para o Estado de São Paulo, baseada em técnicas e recursos de informática “on-line” e em tempo real “Real Time”); TC 015999/026/2007 (Produção e fornecimento de bilhetes lotéricos da Loteria da Habitação do Estado de São Paulo – Modalidade Tradicional); TC 38217/026/08 (Prestação de serviços de armazenamento e distribuição de bilhetes de loteria e outras avenças); TC 41552/026/88 (Estudos relativamente à vedação legal à Caixa Econômica Estadual dedicar-se a atividades lotéricas); entre outros

*Art. 227. Os pareceres emitidos em virtude de consulta terão força obrigatória, importando em prejulgamento do Tribunal. Parágrafo único. Salvo deliberação em contrário emitida pelo Tribunal Pleno, o prejulgado emanado em relação ao consulente não importará na fixação de orientação normativa para a Administração em geral.*

*Art. 228. Contra os pareceres mencionados neste Capítulo, caberá pedido de reconsideração, apresentado dentro de 15 (quinze) dias pelo próprio consulente: I - se o Tribunal não tiver apreendido a tese da consulta; II - se forem necessárias explicações complementares ou elucidativas; III - se a orientação fixada for inoportuna ou inconveniente ao serviço público.*

*Art. 229. A qualquer tempo, poderá ser repetida a consulta, se fatos ou argumentos novos puderem importar modificação do parecer.*

*Parágrafo único. É facultado ao Tribunal, por iniciativa do Presidente ou de qualquer Conselheiro, reexaminar ex officio o ponto de vista firmado em parecer, submetendo-o ao Tribunal Pleno para apreciação. Ocorrendo alteração do prejulgado, a orientação que vier a ser adotada terá força obrigatória, a partir da sua publicação, em relação aos órgãos da Administração já submetidos aos efeitos do prejulgado modificado.”*

A formulação de Consulta é matéria a ser decidida pelo Estado, em juízo de oportunidade e conveniência da medida, sobretudo porque se aplica na matéria o disposto pelo artigo 30 da LINDB: se de um lado promovem maior segurança jurídica, de outro as consultas respondidas possuem caráter vinculante.

Recomendável também que o Estado de São Paulo passe a aplicar na delegação dos Serviços Lotéricos, no que couber, a Nova Lei de Licitações, cujo artigo 191 preceitua que:

*“Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193<sup>70</sup>, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.*

*Parágrafo único. Na hipótese do caput deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do caput do art. 193 desta Lei, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.”*

Assim, tendo em vista a proximidade do decurso de *vacatio legis*, é conveniente que o Estado de São Paulo passe a adotar, no que couber, a Nova Lei de Licitações, sobretudo porque em matéria de Credenciamento as disposições já estão vigentes.

## 4.5. Identificação de eventuais diferenças entre os Cenários A e B: Riscos, Problemas e outras incertezas

Como visto, o presente Estudo estabeleceu Cenários A e B, tendo como recomendação central à LOTESP a modelagem prevista no Cenário A.

A adoção da modelagem prevista no Cenário A se justifica pela garantia da viabilidade econômico-financeira do projeto e pelo incentivo ao ambiente competitivo. Explica-se:

A concessão das três modalidades de Serviços Lotéricos (Tradicional, Instantânea e Prognóstico) ao mesmo operador tem a finalidade de otimizar os investimentos, a uniformização dos processos e a fiscalização por parte do Estado de São Paulo.

---

<sup>70</sup> “Art. 193. Revogam-se: II - a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei”.

A rentabilidade, assim como os riscos do negócio diferem de modalidade para modalidade, conforme indicado neste Estudo. Desta forma, o operador que se propusesse a operar, por exemplo, a modalidade Prognósticos, teria um retorno menor e risco maior do que aquele que se propusesse a operar a modalidade Instantânea. Diante deste cenário, o que ocorreria naturalmente é a inexistência de interessados na licitação referente à modalidade de Prognóstico ou, se ainda assim houvesse participantes interessados, a forma de viabilizar a operação elevaria drasticamente os custos dos Serviços Lotéricos e, conseqüentemente, o custo ao apostador seria elevado, reduzindo a atratividade da LOTESP.

Este cenário provavelmente desencadearia prejuízo ao operador e, por consequência, ao Estado de São Paulo que deve utilizar os Serviços Lotéricos como fonte de recursos para programas sociais. Ao estabelecer a outorga das três modalidades ao mesmo operador os investimentos podem ser unificados e os resultados também. Desta forma, uma modalidade pode compensar eventual déficit da outra, sem que este ônus seja repassado de forma desproporcional ao usuário.

Com os investimentos equilibrados e o retorno econômico em forma de “investimento cruzado”, o custo total de cada uma das modalidades é reduzido, aumentando o caráter competitivo em relação à Loteria Federal e aumentando a acessibilidade aos apostadores de modo geral.

Além disso, sob o ponto de vista regulatório há benefício ao Estado de São Paulo, que fiscalizará somente um contrato, em vez de diversos concessionários.

A outorga das três modalidades de Serviços Lotéricos a um único concessionário não prejudicará o caráter competitivo da licitação, ao contrário, permitirá que os operadores concorram para um projeto muito mais atrativo, aumentando-se assim a competição daqueles que possuem a *expertise* e aptidão para exploração dos Serviços Lotéricos.

Ainda sobre o Cenário A, em relação aos Serviços Lotéricos AQF, a recomendação foi oposta, no sentido de viabilizar o maior número possível de operadores. A justificativa



também decorre das conclusões demonstradas no presente Estudo e do direcionamento da legislação federal sobre a matéria.

Quanto aos Serviços Lotéricos por AQF, a necessidade de investimento é drasticamente reduzida em relação às demais modalidades. Além disso, o controle, formalidades e padronização tem muito menos rigor. Isto porque os Serviços Lotéricos AQF se realizam predominantemente de forma virtual, o que torna a sua acessibilidade amplíssima.

Ainda, por se tratar de modalidade esportiva, o objeto é bastante amplo, de modo que a ampliação do número de operadores atua favoravelmente à ampla competitividade e rentabilidade dos Serviços Lotéricos.

Sob o ponto de vista fiscalizatório, o Estado de São Paulo deverá, conforme recomendado no item 4.4.2, estabelecer unidade de regulação e fiscalização com intuito de padronizar, dentro do possível, a operação destes operadores.

Evidentemente a limitação do número de operadores poderia tornar o trabalho de fiscalização do Estado de São Paulo mais simples. Contudo, diante da ponderação entre simplificação da atividade fiscalizatória e a ampliação da rentabilidade dos Serviços Lotéricos, entende-se que favorece o interesse público a alta performance da modalidade AQF.

Quanto a realização da outorga por meio de Autorização, através de Credenciamento, como exposto no item 4.1.2, há fundamento na Lei 13.756/18, e o procedimento de Credenciamento é plenamente aplicável e já consolidado no âmbito dos Tribunais de Contas e, mais recentemente, na Nova Lei de Licitações.

Como forma de endossar a segurança jurídica do Credenciamento, necessário observar a recomendação do item 3.6, quanto a aprovação de lei que autorize a outorga por meio de Autorização via Credenciamento com vistas a promover ambiente de ampla competitividade.

Especificamente em relação ao Cenário B, como visto no item 4.5, há riscos e incertezas que devem ser consideradas.

Para a outorga das modalidades das três modalidades de Serviços Lotéricos por meio de concessões individuais, deve-se considerar, especialmente, a possibilidade de redução do interesse da iniciativa privada em uma ou outra modalidade. Ainda que compareçam interessados, é preciso considerar que, de forma isolada, as modalidades lotéricas têm custo elevado, o que reduz a capacidade competitiva em relação à Loterias Federais e às outras modalidades da LOTESP.

Ainda que o risco econômico da concessão seja do operador, a inviabilidade econômica é prejudicial a todos, tendo em vista que o bom resultado do operador é condição essencial à obtenção de receita pelo Estado de São Paulo.

Em resumo, o risco em se realizar concessões individualizadas das modalidades de Serviços Lotéricos é a sustentabilidade econômico-financeira e frustração da competitividade do certame licitatório.

#### 4.6. Análise SWOT das alternativas regulatórias identificadas

Saber quais são as forças, fraquezas, oportunidades e ameaças da exploração da atividade lotérica no Estado de São Paulo é fundamental para que a outorga da exploração o serviço seja um sucesso.

No quadro abaixo apresentamos as principais forças, fraquezas, oportunidades e ameaças que identificamos para o mercado lotérico no Estado de São Paulo, levando em conta quaisquer dos cenários apresentado nos itens 4.1.1 e 4.2.1 deste estudo.

A M B I E N T E  I N T E R N O	FORÇAS		Loterias	AQF	OPORTUNIDADES		Loterias	AQF	A M B I E N T E  E X T E R N O
	Estado da federação com a maior poder econômico		X	X	Mercado legal nunca explorado			X	
	First-mover advantage		X	X	Grande potencial de expansão do mercado		X	X	
	Grande portfólio de opções de jogos			X	Possibilidade de exploração de produtos acessórios		X	X	
	Ágil implementação da atividade			X					
	Fácil substituição de operador ineficiente			X					
	Agilidade na atuação do operador face a liberdade de atuação		X	X					
	FRAQUEZAS		Loterias	AQF	AMEAÇAS		Loterias	AQF	
	Altos custos de implementação		X		Concorrência com a União		X	X	
	Altos custos de manutenção		X		Concorrência com mercado ilegal de jogos		X	X	
	Lentidão do processo de seleção do operador		X		Concorrência com mercado internacional		X	X	E X T E R N O
	Alta Tributação		X	X	Eventual legalização do serviço lotérico municipal				
	Ausência de rede de pontos de venda		X		Possibilidade de extinção pela União		X	X	
	Dificuldade na substituição de operador		X		Insegurança tributária		X	X	
					Fragilidade/insegurança regulatória		X	X	
					Limitação geográfica			X	
					PL 472/07 - Pay out 45%, Prestação de contas e provação pela CEF		X	X	

## 4.7. Certificações aplicáveis aos Serviços Lotéricos

No Brasil, a Caixa Econômica Federal, administradora de nossas loterias federais, tem todos os seus processos decorrentes da exploração da atividade lotérica, certificado pela ISO 27001 e WLA – SCS.

Esses certificados são altamente reconhecidos no mercado mundial por conferir integridade e segurança aos processos por eles certificados. Em nosso entendimento, é altamente desejável que os futuros operadores das loterias do Estado de São Paulo tenham seus processos internos certificados por esses padrões, o que deverá ocorrer em um prazo razoável de 12 (doze) meses, contados a partir do início das atividades do operador.

Portanto, entendemos essencial a exigência das seguintes certificações:

(i) ISO 27001:

A ISO, sigla para Organização Internacional de Padronização, em português, é um órgão de reconhecimento mundial e, no Brasil, sua representante é a ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas).

A norma ISO 27001 é o padrão e a referência Internacional para a gestão da Segurança da informação, que permite a garantia, confidencialidade e integridade de dados e informações, bem como os sistemas que o processam e demais partes interessadas que interagem com a informação.

A norma ISO 27001 estabelece uma série de diretrizes que têm como objetivo padronizar os processos e controles de gestão de segurança da informação dentro de uma organização. A norma tem como princípio geral a adoção pela organização de um conjunto de requisitos, processos e controles com o objetivo de mitigarem e gerirem adequadamente o risco da organização.

#### (ii) WLA – SCS.2016

A World Lottery Association (WLA) é uma organização internacional composta por operadores de loterias autorizadas pelo estado, operadores de apostas esportivas e fornecedores da indústria de loteria global.

Em observância à sua missão de promover os interesses coletivos do mercado de loterias e facilitar seu desenvolvimento por meio da prestação de serviços relacionados a loterias e apostas, a WLA desenvolveu um padrão de segurança, integridade e gerenciamento de risco para uso pelo setor de loteria e jogos e é tido como principal certificação para o setor de segurança e questões de integridade no mercado lotérico.

Destina-se a ajudar os organizadores de loterias e jogos em todo o mundo a atingir um nível de controle de acordo com as melhores práticas mundiais e garante, um aumento da confiança na integridade da operação de loteria.

Este padrão descreve um processo de gerenciamento de segurança que está alinhado com padrões reconhecidos internacionalmente e com uma linha de base de segurança comum para aspectos específicos relacionados aos organizadores de loteria e jogos que representam boas prática. Inclui um conjunto abrangente de requisitos, controles e padrões para organizadores de loteria e jogos, incluindo a conformidade com todos os

requisitos indicados em Padrão ISO / IEC 27001 para Sistemas de Gerenciamento de Segurança da Informação.

O WLA-SCS cobre todos os tipos de loterias e organizações de jogos, incluindo empresas comerciais, governo agências e organizações sem fins lucrativos. O WLA-SCS especifica os requisitos para estabelecer, implementar, operar, monitorar, revisar, manter e melhorar um sistema documentado de segurança e integridade dentro do contexto dos riscos gerais da organização. Especifica os requisitos para a implementação de controles de segurança e integridade aplicáveis às necessidades de organizações individuais, de modo que os sistemas de gerenciamento de segurança e integridade possa ser projetado para garantir a seleção de adequados e controles de segurança e integridade que protegem ativos e dão confiança às partes interessadas.

Sem prejuízo da exigência das certificações acima, que poderão ser obtidas pelo operador a partir de início de sua operação, conforme apresentaremos no decorrer de nosso estudo, o Estado deverá exigir dos participantes dos processos de licitação e/ou credenciamento, a apresentação de comprovação de experiência/capacidade pretérita em mercados com semelhante potencial arrecadatário bem como garantir a robustez financeira do operador.

#### 4.8. Mapeamento dos principais riscos que devem ser endereçados pelo Projeto, considerando os Cenários A e B

##### *4.8.1. Da alocação eficiente dos riscos nos contratos decorrentes do Projeto*

O compartilhamento de riscos nos contratos administrativos tem por objetivo atribuir a cada parte a obrigação de arcar com os riscos que melhor tenha condição de administrar e gerenciar, de modo a incrementar a eficiência dos contratos e o atingimento do interesse público almejado pela outorga dos serviços.

A distribuição adequada dos riscos do projeto, além de assegurar maior eficiência no processo de contratação pública evita que a concessionária assuma riscos que seriam geridos de forma mais eficiente pelo Poder Concedente e vice-versa.

Sobre o princípio da eficiência e seus impactos nas concessões, verifique-se o que explicita Rafael Wallbach Schwind<sup>71</sup>:

*“A eficiência é um conceito de origem econômica. Em linhas gerais, reputa-se que a execução de uma atividade é mais eficiente quando se conseguem os mesmos resultados com a aplicação de menos recursos, ou quando se obtêm melhores resultados com os mesmos recursos. A eficiência se relaciona, portanto, com o uso racional de recursos.”*

*Além disso, o princípio da eficiência tem natureza instrumental. Busca-se a eficiência como meio de se atingir outros objetivos. O uso mais racional de recursos propicia determinadas vantagens, que correspondem, em última instância, aos objetivos buscados.”*

Considerando a lógica para a repartição eficiente dos riscos, o Poder Concedente, ao transferir os riscos ao parceiro privado, deve necessariamente observar se o particular possui as condições e os meios para evitar a sua materialização ou ao menos mitigá-lo com o menor dispêndio de recursos.

Nos dizeres de Marcos Barbosa Pinto, uma “repartição de riscos é ótima quando minimiza os custos relacionados aos riscos repartidos”. Ainda complementa o citado autor que “uma combinação de análise técnica e bom senso por parte dos administradores é indispensável para que se atinjam resultados satisfatórios”.<sup>72</sup>

Por esta razão, para que se tenha um compartilhamento eficiente dos riscos, atribuiu-se à concessionária aqueles riscos cujas variações dos custos estejam sob o seu controle, até porque se a concessionária não for a pessoa que possui ingerência sobre os riscos,

---

<sup>71</sup> “Remuneração do Concessionário, Concessões Comuns e Parcerias Públicos Privadas”, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2010, p.76.

<sup>72</sup> “Repartição de Riscos nas Parcerias Público-Privadas”, Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v.13, nº 25, p.155-182, jun.2006.

não haveria como se esforçar e ser incentivada a obter vantagens para mitigar a materialização destes riscos, restando, portanto, ineficiente a alocação originalmente prevista no contrato de concessão.

Ainda, entendeu-se que os valores que forem incorridos pela concessionária para a remediação de eventual materialização dos riscos não iriam afetar ou colocar em risco a execução do contrato de concessão. Isto porque, a variação dos valores cotados para os riscos assumidos pela concessionária, desde que se insiram em condições ordinárias, deve estar dentro um patamar considerado razoável, não se podendo imaginar que a variação dos custos possa atingir valores exorbitantes.

Utilizando-se do mesmo racional e, sempre almejando que o contrato venha a sofrer impactos relevantes no caso de futura materialização de riscos, alocou-se ao Poder Concedente os riscos que este possui maior condições de gerenciá-los, conforme se verifica da matriz de risco abaixo.



### 4.8.2. Proposta de Alocação de Riscos e Medidas de Mitigação

Risco	Alocação	Materialização	Efeito no Poder Concedente	Efeito na Concessionária	Mecanismo de Mitigação
<b>Riscos Jurídico – Regulatórios</b>					
1. Alteração da legislação federal que restrinja o poder regulamentar dos Estados.	Poder Concedente	Superveniência de legislação federal que promova a restrição da competência regulamentar dos Estados sobre os serviços lotéricos.	Eventual necessidade de compensação da Concessionária.	Limitações à exploração dos serviços lotéricos pela Concessionária, o que desencadearia perda de receita ou aumento do custo operacional.	Incluir no Contrato de Concessão a previsão de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em favor da Concessionária.
2. Alteração da legislação federal que promova a extinção de uma das modalidades lotéricas.	Poder Concedente	Superveniência de legislação federal que promova a extinção de uma das modalidades lotéricas existentes.	Eventual necessidade de compensação da Concessionária.	Impedimento à exploração de uma das modalidades de serviços lotéricos previstas no Contrato, o que poderá desencadear perda de receitas e prejuízos decorrentes da inutilização de aparelhos/equipamentos.	Incluir no Contrato de Concessão a previsão de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em favor da Concessionária.
3. Alteração da legislação tributária.	Poder Concedente	Criação, alteração ou extinção de tributos ou encargos legais que incidam direta ou indiretamente sobre os serviços lotéricos; e	Perda de receita.	Perda de receita.	Recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em favor da Concessionária.

		Criação, alteração ou extinção de tributos ou encargos legais que incidam diretamente sobre os serviços lotéricos, 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 de Concessão.			
Riscos Jurídico-Políticos					
Risco	Alocação	Materialização	Efeito no Poder Concedente	Efeito na Concessionária	Mecanismo de Mitigação
4. Caso Fortuito e Força Maior	Concessionária	Ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito, quando os riscos possam ser objeto de cobertura por seguros oferecidos no Brasil.	Não é possível avaliar.	Não é possível avaliar.	Contratação de seguro pela Concessionária.
	Compartilhada	Ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito, cujas consequências não sejam cobertas por seguro disponível no mercado brasileiro.	Não é possível avaliar.	Não é possível avaliar.	Incluir cláusula contratual dispondo que, nessa hipótese, Concessionária e Poder Concedente acordarão se haverá recomposição do equilíbrio econômico-financeiro ou extinção do Contrato de Concessão, a depender da extensão da masterização do risco.

5. Interface com entidades e órgãos públicos.	Concessionária	Superveniência de quaisquer encargos decorrentes da interface com entidades e órgãos públicos, subcontratadas, consumidores e tomadores de serviços da Concessionária, bem como usuários.	Não é possível avaliar.	Eventual aumento de custos ou encargos.	Incluir cláusula expressa no Contrato de Concessão com alocação do risco à Concessionária.
6. Alteração unilateral do Contrato.	Poder Concedente	Alterações dos custos e encargos da Concessionária em decorrência da imposição de novas obrigações ou alteração unilateral das obrigações originalmente contempladas no Contrato	Não há.	Aumento de custos ou encargos.	Incluir no Contrato de Concessão a previsão de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em favor da Concessionária.
7. Encargos trabalhistas e previdenciários	Concessionária	Superveniência de encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do Contrato, incluída a elevação do custo de mão-de-obra por acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho, e as responsabilizações dele	Não há.	Aumento de custos ou encargos.	Incluir cláusula expressa de alocação do risco à Concessionária.

		decorrentes, incluídas aquelas relacionadas às empresas eventualmente subcontratadas no âmbito da Concessão. A Concessionária também é responsável pela segurança e a saúde dos trabalhadores que estejam a ela subordinados na execução do Objeto seus subcontratados.			
8. Ações Judiciais/Demandas Administrativas	Concessionária	Superveniência de custos decorrentes de ações judiciais de terceiros contra a Concessionária decorrentes da execução dos serviços lotéricos, salvo se por fato imputável ao Poder Concedente. Impactos ou encargos provenientes de decisões judiciais ou administrativas que diretamente impactem ou onerem, impeçam ou impossibilitem a Concessionária de	Eventual interrupção da prestação dos serviços lotéricos e perda de receita.	Eventual interrupção da prestação dos serviços lotéricos e perda de receita. Eventual custo com processos/ advogados e indenizações.	Incluir cláusula expressa de alocação de risco à Concessionária.

		prestar integral ou parcialmente os serviços lotéricos, nos casos em que a Concessionária houver dado causa à situação.			
<b>Riscos Econômico-Financeiros</b>					
<b>Risco</b>	<b>Alocação</b>	<b>Materialização</b>	<b>Efeito no Poder Concedente</b>	<b>Efeito na Concessionária</b>	<b>Mecanismo de Mitigação</b>
9. Loterias Municipais.	Concessionária	Disseminação de loterias municipais que representem concorrência à Lotesp.	Perda de receita	Perda de receita e/ou aumento do custo com publicidade e marketing.	Implementação de política de marketing com o objetivo de fidelizar o apostador da Lotesp.
10. Erros nas estimativas de custos/gastos ou cronograma.	Concessionária	Superveniência de custos ou encargos decorrentes do erro nas estimativas de custos, de gastos e/ou cronograma da Concessão causados pela Concessionária, por seus prepostos ou empregados ou seus subcontratados.	Prejuízo à regular prestação dos serviços lotéricos.	Prejuízos financeiros decorrentes de investimentos e custos incorretamente mensurados.	Incluir cláusula expressa de alocação de risco à Concessionária. Elaboração de um bom plano de negócios que consiga prever com o máximo de precisão os custos e investimentos necessários à implantação do objeto concedido.
11. Financiamento	Concessionária	Aumento do custo de financiamentos assumidos para a realização de investimentos ou para custeio dos serviços lotéricos, inclusive em razão do aumento da	Inexecução/interrupção das obrigações contratuais.	Prejuízos financeiros decorrentes do surgimento de custos não mensurados na modelagem econômico-financeira.	Incluir cláusula expressa de alocação de risco à Concessionária.

		taxa de juros, ressalvados os casos em que ficar comprovado que o aumento de custos relacionados aos financiamentos obtidos pela Concessionária decorre de atos praticados pelo Poder Concedente no âmbito do Contrato, sobretudo aqueles relacionados a eventual descumprimento das obrigações contratuais.			
12. Custos dos insumos, custos operacionais e de manutenção	Concessionária	Variação de custos de insumos, custos operacionais, de manutenção	Descumprimento contratual por parte do concessionário e eventual descontinuidade na prestação dos serviços. Perda de receita	Aumento de custos para prestação dos serviços lotéricos.	Elaboração de projeto executivo detalhado pela concessionária.
13. Receitas alternativas, complementares e acessórias.	Concessionária	Inviabilidade de obtenção de receitas acessórias à exploração dos serviços lotéricos.	Não há	Frustração dos resultados financeiros esperados pela Concessionária com a exploração de receitas extraordinárias, em face do previsto no Plano de Negócios.	Elaboração de estudos consistentes para a verificação sobre a viabilidade econômico-financeira dos projetos associados que visem receitas acessórias.

14. Não efetivação da demanda projetada	Concessionária	Fluxo de usuários menor do que as projeções que embasaram o Plano de Negócios.	Perda de receita.	Perda de receita.	Elaboração minuciosa de plano de negócios pela Concessionária
15. Cumprimento das diretrizes mínimas de desempenho estabelecidas em contrato.	Concessionária	Estabelecimento de planejamento, infraestrutura e garantias que viabilizem a prestação dos serviços conforme índices estabelecidos no Contrato de Concessão.	Eventual perda de receita decorrente do baixo desempenho da Concessionária.	Eventual perda de receita, risco de pagamento de multas e/ou extinção antecipada do Contrato de Concessão em decorrência do não atingimento dos parâmetros estabelecidos no Contrato de Concessão.	Incluir cláusula expressa de alocação de risco à Concessionária, com previsão de multa pelo não atingimento dos parâmetros mínimos de qualidade e resultados. Além de previsão de possível extinção por caducidade no caso de não atingimento de metas por período reiterado.
<b>Riscos Operacionais</b>					
<b>Risco</b>	<b>Alocação</b>	<b>Materialização</b>	<b>Efeito no Poder Concedente</b>	<b>Efeito na Concessionária</b>	<b>Mecanismo de Mitigação</b>
16. Manutenção e modernização da operação, equipamentos e insumos.	Concessionária	Necessidade de manutenção e modernização dos equipamentos e estrutura de operação.	Não há.	Eventual aumento de custos e despesas.	Incluir cláusula expressa de alocação de risco à Concessionária. Contratação de seguro específico necessário a substituição de equipamentos de alto custo ou baixa disponibilidade no mercado.
17. Ocorrência de fraudes e furtos de apostas.	Concessionária	Furtos de canchotos ou informações privilegiadas, além de fraudes por parte de funcionários ou apostadores.	Não há.	Eventual despesa com apuração/ reparação de danos.	Incluir cláusula expressa de alocação de risco à Concessionária. Contratação de seguro específico a fraudes na operação dos serviços lotéricos.
18. Obtenção de autorizações, licenças e	Poder Concedente	Ocorrência de atrasos ou encargos decorrentes de	Adiamento ou interrupção	Adiamento ou interrupção	Recomposição de equilíbrio econômico-financeiro em favor da Concessionária.



permissões administrativas necessárias à operação dos serviços lotéricos.		inércia ou morosidade por parte do Poder Concedente.	prestação dos serviços lotéricos, com consequente perda de receita.	prestação dos serviços lotéricos, com consequente perda de receita.	
	Concessionária	Ocorrência de atrasos ou encargos decorrentes de inércia ou morosidade da Concessionária.	Adiamento ou interrupção da prestação dos serviços lotéricos, com consequente perda de receita.	Adiamento ou interrupção da prestação dos serviços lotéricos, com consequente perda de receita.	Recomposição de equilíbrio econômico-financeiro em favor do Poder Concedente. Inclusão cláusula expressa de alocação à Concessionária do dever de obter todas as licenças/permissões e autorizações necessárias à exploração dos serviços lotéricos.
Riscos de Extinção Antecipada do Contrato de Concessão					
Risco	Alocação	Materialização	Efeito no Poder Concedente	Efeito na Concessionária	Mecanismo de Mitigação
19. Encampação	Poder Concedente	Retomada unilateral dos serviços lotéricos por parte do Poder Concedente, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa com prévio pagamento de indenização à Concessionária.	Encargos e despesas para assunção dos serviços lotéricos e custo com indenização à Concessionária.	Necessária interrupção da prestação dos serviços, com consequente perda dos resultados financeiros.	Incluir cláusula estabelecendo mecanismos de transição e de cálculo de indenização.
20. Caducidade	Concessionária	Reassunção dos serviços lotéricos pelo Poder Concedente, em razão da inexecução total ou parcial das obrigações impostas no Contrato de Concessão à Concessionária.	Reassunção dos serviços lotéricos e eventual continuidade de operacionalização até relicitação.	Perda da qualidade de Concessionária sem indenização prévia.	Incluir cláusula expressa de alocação do risco à Concessionária.

21. Rescisão consensual	Compartilhado	Formalização de acordo entre Poder Concedente e Concessionária estabelecendo a rescisão contratual.	Reassunção dos serviços lotéricos e eventual continuidade de operacionalização até relicitação. Assunção de eventuais despesas e encargos previstos no Acordo.	Perda da qualidade de Concessionária e assunção de eventuais despesas e encargos previstos no Acordo.	Incluir cláusula expressa com possibilidade de rescisão consensual entre Concessionária e Poder Concedente.
22. Anulação	Poder Concedente	Anulação do Contrato em decorrência de falhas insanáveis de responsabilidade do Poder Concedente.	Reassunção dos serviços lotéricos e eventual continuidade de operacionalização até relicitação e pagamento de indenização à Concessionária.	Perda da qualidade de Concessionária.	Incluir cláusula expressa de alocação do risco ao Poder Concedente.
	Concessionária	Anulação do Contrato em decorrência de falhas insanáveis de responsabilidade da Concessionária.	Reassunção dos serviços lotéricos e eventual continuidade de operacionalização até relicitação.	Perda da qualidade de Concessionária e assunção de eventuais despesas e encargos decorrentes da anulação.	Incluir cláusula expressa de alocação do risco à Concessionária

## 4.9. Diretrizes Gerais para elaboração dos Editais e Contratos

Diante dos Estudos apresentados, para implementação dos Cenários A e B, é necessário observar os requisitos previstos nos artigos 40, da Lei Federal de Licitações e/ou artigo 25 da Nova Lei de Licitações, bem como os requisitos estabelecidos pela Lei Federal de Concessões, no que couber.

### *4.9.1. Diretrizes ao Edital de Concessão*

#### *Modalidade*

A Modalidade de Licitação sugerida para concessão dos Serviços Lotéricos Tradicional, Instantânea e Prognósticos, conforme Cenário A, será a Concorrência, que se justifica em razão da complexidade do objeto e valores envolvidos, conforme prevê o artigo 23, inciso I, da Lei Federal de Licitações e artigo 26 da Nova Lei de Licitações.

#### *Critério de Julgamento*

De acordo com a recomendação contida no Cenário A, o critério de julgamento deverá ser o maior valor de outorga fixa, com fundamento no artigo 15, inciso II da Lei Federal de Concessões, com referencial mínimo os valores previstos no caderno PRODUTO FINAL IV - ESTUDO DE VIABILIDADE ECONOMICO-FINANCEIRA.

O critério de julgamento proposto é uma sistemática amplamente atrativa ao mercado e de fácil adoção pelo Estado de São Paulo, viabilizando um julgamento objetivo e célere, sem a necessidade de amplas análises.

Recomenda-se a adoção da sistemática de inversão de fases, para que a sessão se inicie pela abertura do envelope de habilitação apenas do licitante com a melhor proposta comercial. Nesta hipótese, caso o licitante não seja habilitado, será analisada a documentação de habilitação dos licitantes com proposta classificada em segundo lugar, e assim sucessivamente.

#### *Condições de Participação*

O Edital deverá esclarecer quem poderá participar da licitação e aqueles que são impedidos. Trata-se das condições de participação, as quais não se confundem, portanto, com as condições de habilitação.

O Edital deverá ser pautado pela ampla participação de licitantes, impondo o mínimo de restrições possíveis. Desta forma, não deverá restringir a participação de licitantes individuais ou em consórcio, fundos de investimento, entidades da previdência ou pessoas jurídicas estrangeiras devidamente autorizadas a funcionar no Brasil.

Contudo, com a finalidade de preservar a integridade da licitação e do Contrato, deverá restringir à participação das seguintes pessoas jurídicas:

- (a) Que tenham sido declaradas inidôneas, por quaisquer entes da Administração Pública, direta ou indireta, nas esferas federal, estadual, distrital ou municipal, por decisão administrativa transitada em julgado, nos termos do artigo 87, IV, da Lei Federal de Licitações e suas respectivas alterações, ou por decisão judicial.
- (b) Que tenham sido declaradas inidôneas pelo Tribunal de Contas da União, nos termos do artigo 46, caput, da Lei Federal nº 8.443 de 16 de junho de 1992 ou pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, nos termos do artigo 108 da Lei Complementar Estadual nº 709 de 14 de Janeiro de 1993;
- (c) Que tenham sido declaradas inidôneas pela autoridade máxima do órgão ou entidade pública competente em razão de descumprimento de infrações contra o acesso à informações, nos termos do artigo 33, V, da Lei Federal nº 12.527/2011;
- (d) Que tenham sido proibidas de contratar com a Administração Pública, direta e indireta, nas esferas federal, estadual, distrital ou municipal, em razão de prática de infração à ordem econômica, nos termos da Lei Federal nº 12.529/2011;
- (e) Que estejam suspensas e/ou impedidas de licitar e contratar com a Administração Pública, direta ou indireta, nas esferas federal, estadual, distrital ou municipal, por decisão administrativa transitada em julgado, nos termos do artigo 33, IV da Lei Federal nº 12.527/2011;
- (f) Que tenham sido condenadas, por decisão administrativa ou decisão judicial transitada em julgado, em razão da prática de atos lesivos à Administração Pública nacional, direta ou indireta, nas esferas federal, estadual, distrital, municipal ou atos lesivos à Administração Pública estrangeira, nos termos da Lei Federal nº 12.846/2013;
- (g) Que tenham sido condenadas, por decisão judicial transitada em julgado, pela prática de crimes ambientais, nos termos do artigo 10 da Lei Federal nº 9.605/1998;
- (h) Que estejam em processo de recuperação judicial/extrajudicial ou falência e concordata remanescente, insolvência civil, sob concurso de credores, em dissolução ou em liquidação, ou ainda que tenha decretada a sua falência;
- (i) Que tenham condenações cíveis por ato de improbidade administrativa transitada em julgado, nos termos da Lei Federal nº 8.429/1992; e

- (j) Que possuam como empregado, dirigente, sócio ou ocupante de cargo ou emprego na Administração Pública, direta ou indireta do Estado de São Paulo, resguardados outros impedimentos previstos na legislação e regulamentos aplicáveis.

Cumpra mencionar que o Edital não deverá impor restrição prévia à participação de pessoas jurídicas em Recuperação Judicial, em observância ao entendimento consolidado pelo TCESP<sup>73</sup> e Superior Tribunal de Justiça (“STJ”).<sup>74</sup>

### *Garantia da Proposta*

Os licitantes deverão apresentar Garantia da Proposta, como forma de dar segurança ao Estado de São Paulo sobre o cumprimento da proposta ofertada em sessão. O Edital deverá indicar o valor mínimo da Garantia da Proposta observando o artigo 31 da Lei Federal de Licitações e artigo 58 da Nova Lei de Licitações, que impõem limite máximo de 1% do valor estimado para o Contrato.

O Edital também deverá especificar as formas de Garantia da Proposta aceitas pelo Estado de São Paulo, observando os artigos 56 da Lei Federal de Licitações e 96 da Nova Lei de Licitações. A apresentação de Garantia da Proposta em desacordo com os termos e valores especificados no Edital deverá implicar desclassificação da licitante.

### *Entrega de envelopes*

O Edital deverá especificar detalhadamente a data, local e horário de início e término da *sessão de entrega* das propostas.

---

<sup>73</sup> “(...) Deste modo, a empresa que obteve a concessão da Recuperação Judicial não está, de antemão, inapta para ser contratada, podendo assumir riscos e compromissos nos limites previstos no seu Plano de Recuperação que, diferentemente da concordata, possui maior flexibilidade na sua negociação junto aos credores. Todavia, a mera existência de plano de recuperação judicial, por si só, não garante a capacidade da empresa em executar as obrigações contratuais, até porque o descumprimento de qualquer obrigação estabelecida no plano acarretará a convolação da recuperação em falência (artigo 61, §1º).

Assim, imprescindível a confrontação do caso concreto com os termos do referido Plano para se avaliar a viabilidade econômico-financeira da interessada.” TC-003987/989/15-9 e TC- 04033/989/15-3.

<sup>74</sup> AgRg na MC 23.499/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 18/12/2014, DJe 19/12/2014.

A entrega dos documentos deverá ocorrer por meio de três envelopes distintos, lacrados e identificados em capa, da seguinte forma: (i) *Volume 1 – Garantia da Proposta*, (ii) *Volume 2 – Proposta Econômica Escrita*, e (iii) *Volume 3 – Documentos de Habilitação*.

Todos os documentos devem ser redigidos em português, sempre respeitando a sistemática de apresentação previamente definida nos documentos editalícios. Assim, questões formais deverão ser esclarecidas para que haja uma sistemática única de análise dos documentos, como por exemplo, numeração, rubricas, assinaturas, tipo de papel, apresentação etc. Documentos em língua estrangeira deverão ser consularizados ou apostilados, a depender do caso e da vontade dos licitantes.

A forma de apresentação dos documentos deverá observar as disposições contidas no artigo 32 da Lei Federal de Licitações ou artigo 70 da Nova Lei de Licitações, estabelecendo de forma clara os documentos que deverão ser autenticados.

Da mesma forma, é fundamental estabelecer uma regra para que os documentos sejam considerados aceitos e válidos, determinando, claramente, o prazo de validade de certidões, quando este não constar expressamente de tais documentos.

### *Condições de Habilitação*

Nos termos do artigo 27 da Lei Federal de Licitações e artigo 62 da Nova Lei de Licitações, os requisitos para habilitação devem ser: (i) jurídico: *visa a demonstrar a capacidade de o licitante exercer direitos e assumir obrigações, e a documentação a ser apresentada por ele limita-se à comprovação de existência jurídica da pessoa e, quando cabível, de autorização para o exercício da atividade a ser contratada*; (ii) técnico e profissional: *visa demonstrar o preenchimento dos requisitos necessários ao desempenho da atividade*; (iii) fiscal, social e trabalhista, e (iv) econômico-financeiro: *com intuito de comprovar a aptidão econômica do licitante para cumprimento das obrigações contratuais*.

A habilitação jurídica dependerá da natureza jurídica de cada licitantes e consistirá, em suma, no ato constitutivo de cada licitante, observada eventual documentação

complementar. Nesse sentido, pode ser recomendável a adoção da lista de documentos constantes do artigo 28 da Lei Federal de Licitações, observando que o artigo 66 Nova Lei de Licitações impõe que deverão ser exigidos somente os documentos estritamente necessários à comprovação da existência da pessoa jurídica a ser contratada e habilitação para consecução do objeto contratual.

Nos termos dos artigos 29 da Lei Federal de Licitações e 68 da Nova Lei de Licitações, a regularidade fiscal e trabalhista deverá ser comprovada por meio da apresentação de:

I - a inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);

II - a inscrição no cadastro de contribuintes estadual e/ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - a regularidade perante a Fazenda federal, estadual e/ou municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - a regularidade relativa à Seguridade Social e ao FGTS, que demonstre cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei;

V - a regularidade perante a Justiça do Trabalho;

VI - o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Importante salientar que os documentos listados poderão ser substituídos ou supridos, no todo ou em parte, por outros meios hábeis a comprovar a regularidade do licitante, inclusive por meio eletrônico.

Para comprovação da habilitação econômico-financeira recomenda-se a adoção da lista constante do artigo 31 da Lei Federal de Licitações ou artigo 69 da Nova Lei de Licitações, quais sejam (i) balanço patrimonial, demonstração de resultado de exercício e demais demonstrações contábeis dos últimos 2 exercícios sociais e (ii)



certidão negativa de feitos sobre falência expedida pelo distribuidor da seda da licitante.

Para a comprovação da qualificação técnica dos licitantes sugere-se seja exigida a apresentação de atestados/certidões/declarações fornecido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, nacional ou estrangeira, comprovando ter a licitante:

- a) desempenhado a exploração de loterias nas modalidades Prognóstico, Instantânea e Convencional, compatíveis com a quantidades mínimas previstas neste Estudo;
- b) experiência no desenvolvimento de rede de distribuição/vendas compatíveis com a quantidades mínimas previstas neste Estudo;
- c) investido em projetos de loteria em volumes financeiros compatíveis com os valores previstos neste estudo;

Para fins de compatibilidade em quantidades serão considerados os atestados, certidões ou declarações que comprovem somados ou não a operação de cada modalidade lotérica licitada o volume de venda de jogos lotéricos de 30% (trinta por cento) da média anual prevista de arrecadação.

### *Recursos*

Considerando que a Licitação será processada com inversão de fases, deverá ser adotada a sistemática de fase recursal única, em que as licitantes poderão recorrer de todas as decisões da comissão de licitação após terminada a fase de habilitação da Licitação.

Dessa forma, ao término da fase de habilitação, as licitantes poderão apresentar recurso único contra todas as decisões da comissão até o momento, desde que tenham manifestado interesse em recorrer quando questionadas pela comissão em sessão pública.

Destaca-se que caso as decisões não tenham sido pronunciadas em sessão pública, a manifestação da intenção de recorrer deverá ser realizada em até 1 (um) dia útil contado da publicação da referida decisão, por meio de carta protocolada perante a comissão.

## Sanções

O Edital deverá disciplinar as sanções aplicáveis no âmbito da licitação, em especial na hipótese de recusa da adjudicatária em assinar o Contrato no prazo estabelecido Estado de São Paulo, ou não atendimento das condições precedentes para a assinatura do Contrato de Concessão nos termos e prazos previstos no Edital, nos termos dos artigos 81 e seguintes da Lei Federal de Licitações e artigo 155 e seguintes da Nova Lei de Licitações.

## Homologação

Após a classificação e publicação do seu resultado, deverá ser homologado o resultado da licitação, declarando a legalidade e regularidade de todo o processo licitatório face às disposições editalícias e legais aplicáveis, conforme previsto no artigo 43, inciso V da Lei Federal de Licitações e artigo 17, inciso VII da Nova Lei de Licitações.

O Edital estabelecerá de forma clara e objetiva o *objeto licitação*, cuja sugestão é: *a outorga da concessão de implantação, operação e exploração dos Serviços Lotéricos do Estado de São Paulo, nas modalidades Tradicional, Instantânea e Prognósticos, previstos na Lei Federal n.º 13.756/18.*

Ainda, também à título de condição precedente à celebração do Contrato de Concessão, as licitantes deverão comprovar:

- (i) Contratação garantia de execução do Contrato de Concessão;
- (ii) Ressarcimento aos responsáveis pela elaboração dos estudos de PMI, como os Estudos ora apresentados;
- (iii) Pagamento do primeiro valor da Outorga Fixa proposta, observada a sistemática do Contrato de Concessão;
- (iv) Apresentação dos documentos de regularidade fiscal e trabalhista exigidos Edital devidamente atualizados e regulares.

#### *4.9.2. Diretrizes Contrato de Concessão*

Além das diretrizes acima delineadas, que deverão constar expressamente na minuta do Contrato, o Contrato de Concessão deverá estabelecer:

##### *Prazo da Concessão*

O prazo da concessão será de 20 anos, contados da data de ordem de início emitida pelo Estado de São Paulo (“Ordem de Início”) após a verificação do atendimento de condições de eficácia, prazo este que poderá ser prorrogado, nos termos previstos no Contrato de Concessão e sempre mediante apresentação de razões de interesse público a serem devidamente fundamentadas, à reanálise dos encargos da Concessionária estipulados no Contrato de Concessão e ao mútuo acordo entre a Concessionária e o Estado de São Paulo.

##### *Encargos das Partes*

A Concessionária, por meio da celebração do Contrato de Concessão, assumirá, dentre outros, os seguintes encargos:

- (i) Pagar ao Estado de São Paulo o valor de outorga constante de sua Proposta Comercial, nos termos e condições previstos no Contrato de Concessão;
- (ii) Pagar ao Estado o valor de outorga variável constante de sua Proposta Comercial;
- (iii) Cumprir o disposto no Contrato de Concessão e seus anexos;
- (iv) Atender, em tempo contratualmente previsto, todas as providências exigidas pelos órgãos competentes, nos termos da legislação vigente, para a concessão das licenças, permissões, autorizações e alvarás necessários ao pleno exercício de suas atividades, correndo por sua conta as despesas correspondentes;
- (v) Captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à execução do Contrato de Concessão;
- (vi) Manter, durante o prazo de duração do Contrato de Concessão, as condições necessárias à execução das obrigações remanescentes do Contrato de Concessão;

- (vii) Dispor de equipamentos, materiais e equipe adequados para a consecução de todas as obrigações que lhes são atribuídas no Contrato de Concessão, com a eficiência e a qualidade contratualmente definidas;
- (viii) Assumir integral responsabilidade civil e penal pela boa execução e eficiência dos serviços que realizar, bem como pelos danos decorrentes da execução do objeto do Contrato de Concessão, inclusive quanto a terceiros, nos termos do instrumento contratual;
- (ix) Assumir a integral responsabilidade por quaisquer acidentes de trabalho na execução do Contrato de Concessão, assim como pelo uso indevido de patentes e/ou direitos autorais, nos termos do instrumento contratual;
- (x) Assumir integral responsabilidade pelos riscos ordinários inerentes à execução do Contrato de Concessão, ressalvadas as hipóteses expressamente excepcionadas no Contrato de Concessão;
- (xi) Contratar as apólices de seguros mínimas previstos no Contrato de Concessão e as apólices de seguros para os riscos relevantes e usuais da Concessão, nos termos do Contrato de Concessão, responsabilizando-se, nos termos contratuais, pelos danos causados por si, seus representantes, prepostos, subcontratados, na execução da Concessão, perante o Estado de São Paulo ou terceiros;
- (xii) Observar todas as determinações legais e regulamentares quanto à legislação trabalhista, previdenciária, de segurança e medicina do trabalho em relação aos seus empregados, prestadores de serviços, contratados ou subcontratados, isentando o Estado de São Paulo de qualquer responsabilização relacionada;
- (xiii) Comunicar o Estado de São Paulo todas as circunstâncias ou ocorrências que, constituindo motivos de caso fortuito ou força maior, impeçam ou venham a impedir a correta execução do Contrato de Concessão;
- (xiv) Comunicar o Estado de São Paulo de todo e qualquer evento que altere de modo relevante o normal desenvolvimento das atividades previstos no Contrato de Concessão, ou que possam vir a prejudicar ou impedir o pontual e tempestivo cumprimento das obrigações previstas no Contrato de Concessão, incluindo-se ações judiciais e procedimentos administrativos, apresentando, por escrito e no prazo mínimo necessário, relatório detalhado sobre esses fatos, e incluindo, se for o caso, contribuições de entidades especializadas, externas à Concessionária, com as medidas tomadas ou a serem tomadas para superar ou sanar a situação;

(xv) Observar os padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas;

(xvi) Conservar e manter atualizados todos os bens, equipamentos e instalações empregados na Concessão em perfeitas condições de funcionamento, bem como reparar suas unidades e promover, oportunamente, as substituições demandadas em função do desgaste, superação tecnológica ou término da sua vida útil, e ainda, promover os reparos ou modernizações necessárias à boa execução e à preservação da adequação das atividades e serviços, em observância ao princípio da atualidade, visando ao atendimento dos Índices de Desempenho;

(xvii) Manter atualizado o inventário de bens considerados reversíveis pelo Contrato de Concessão; e

(xviii) Indicar e manter um responsável técnico à frente dos trabalhos, com poder para representar a Concessionária junto ao Estado de São Paulo, indicando as formas para contato.

O Estado de São Paulo, por sua vez, assumirá, dentre outras, as seguintes obrigações:

(i) Responsabilizar-se pelos ônus, danos, despesas, pagamentos, indenizações e eventuais medidas judiciais decorrentes de atos ou fatos, anteriores à Data da Ordem de Início, relacionados à Concessão, bem como de atos ou fatos que, embora posteriores à Data da Ordem de Início, decorram de culpa exclusiva do Estado de São Paulo ou de quaisquer terceiros por ele contratados;

(ii) Disponibilizar toda e qualquer informação para o desenvolvimento da Concessão que lhe estejam disponíveis;

(iii) Prestar, se cabível, as informações solicitadas pela Concessionária para o bom andamento da Concessão;

(iv) Fundamentar devidamente suas decisões, aprovações, pedidos ou demais atos praticados ao abrigo do Contrato de Concessão;

(v) Indicar formalmente os responsáveis pelo acompanhamento do Contrato de Concessão;

(vi) Aplicar as sanções e penalidades e adotar as demais medidas necessárias ao cumprimento regular do Contrato de Concessão em caso de inadimplemento das obrigações assumidas pela Concessionária; e

(vii) 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 Concessão, junto aos demais órgãos estaduais, inclusive com a participação em reuniões técnicas e envio de manifestações necessárias.

Por fim, é recomendável que o Contrato de Concessão estabeleça um Caderno de Encargos com intuito de definir as diretrizes de execução da LOTESP.

### *Transferência da Concessão e do Controle da Concessionária*

Nos termos do artigo 27, caput da Lei Federal de Concessões, a transferência da Concessão ou do controle direto da Concessionária deverão ser previamente anuídas e autorizada pelo Estado de São Paulo, desde que o pretendente: (i) atenda às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do Contrato de Concessão, bem como compatíveis e proporcionais às obrigações remanescentes constantes do Contrato de Concessão; e (ii) comprometa-se a cumprir todas as cláusulas do Contrato em vigor.

### *Remuneração da Concessionária*

O Contrato deverá descrever de forma clara e precisa a forma de remuneração da Concessionária, que se dará nos moldes dos Estudos apresentados em item específico. Especificamente, a remuneração da concessionária se dará pela obtenção dos valores auferidos com as apostas e/ou por meio da exploração de receitas extraordinárias.

### *Pagamento de Outorga ao Estado de São Paulo*

Sugere-se que o valor ofertado à título de outorga fixa será pago ao longo de todo o prazo da Concessão, sendo certo que o primeiro pagamento ocorrerá como condição precedente para assinatura do Contrato de Concessão e os remanescentes serão realizados consecutivamente em até 30 (trinta) dias após o término do décimo segundo mês da Concessão, subsequentemente, contados da emissão de início da concessão, ou, conforme denominada no contrato data da emissão da “Ordem de Início”.

Com relação à outorga variável, considerando que essa consiste em um percentual das receitas projetadas do Plano de Negócio da Concessionária, sugere-se que sua incidência ocorra apenas a partir do quinto ano da Concessão, ou em outros termos, que seja concedido prazo de carência à Concessionária para pagamento da outorga variável ofertada na Proposta Comercial.

### *Plano de Seguros da Concessão*

Com a finalidade de resguardar a Concessão e o Estado de São Paulo, entende-se que a Concessionária deverá manter em vigor, ao longo da Concessão, as seguintes apólices de seguros, conforme estipulado no Contrato de Concessão:

- (i) Seguro de riscos operacionais ou riscos nomeados do tipo “todos os riscos”, incluindo, no mínimo, a cobertura de danos materiais por incêndio, tumulto, manifestações, raio, vendaval, ciclone, granizo, explosão, alagamentos e inundações, vazamento de tubulações, danos elétricos, de equipamentos eletrônicos, lucros cessantes, roubo de bens, pequenas obras de engenharia;
- (ii) Seguro de responsabilidade civil com operações, que compreenda todos e quaisquer acidentes causados pela Concessionária, subcontratadas ou terceiros, ou por seus prepostos ou empregados, cobrindo qualquer prejuízo material, pessoal, moral ou outro, que venha a ser causado ou esteja relacionado com a execução da Concessão, inclusive, mas não se limitando a responsabilidade civil de empregador, mortes e danos corporais, morais e materiais causados a terceiros; e

### *Alocação de Riscos*

Em atendimento às melhores práticas em concessões, o Contrato de Concessão deverá prever, de forma clara e expressa, os riscos, responsabilidades e obrigações alocados a cada uma das partes, nos termos da Matriz de Risco para alocação de responsabilidades constante como anexo ao presente Estudo, nos termos solicitados no Edital de Chamamento.

Naturalmente, a matriz de riscos ora sugerida no item 4.8.2. não tem a pretensão de elencar, de forma exaustiva, a integralidade dos riscos envolvidos no Projeto, mas sim apontar, após exaustivo e minucioso trabalho das equipes envolvidas na modelagem do Projeto e na confecção dos Estudos, os principais riscos vislumbrados cuja ocorrência teria o condão de comprometer a viabilidade do Projeto, caso não seja



empreendida a alocação ótima dos referidos riscos. Nesse sentido, cumpre notar que a alocação adequada dos riscos é condição essencial à viabilização da concessão do Projeto nos moldes apresentados.

### *Crítérios e Condições para o Reequilíbrio Econômico-financeiro do Contrato de Concessão*

Nos casos expressamente previstos no Contrato de Concessão e observada a alocação de riscos e responsabilidade contratualmente estabelecida, a Concessionária poderá solicitar ao Estado de São Paulo a instauração de procedimento de revisão extraordinária do Contrato de Concessão, sempre com vistas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da Concessão.

A análise da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro pressupõe a verificação das condições econômicas globais do ajuste, tomando-se como base os efeitos dos eventos que lhe deram causa.

O pedido de recomposição do equilíbrio poder ser apresentado pela Concessionária ou pelo Estado de São Paulo, e deverá ser acompanhado de laudo pericial, estudos independentes jurídicos, técnicos e econômico-financeiros e/ou outros documentos considerados pertinentes.

Os documentos que demonstrem o desequilíbrio deverão demonstrar os efeitos dos eventos nele citados no fluxo de caixa da Concessão e na Taxa Interna de Retorno da Concessão (“TIR”), com base na Proposta Comercial da Concessionária, considerando, dentre outros, (i) a estimativa de variação de investimentos, (ii) a demonstração fundamentada dos custos ou despesas incorridas e (iii) a sugestão das medidas a serem adotadas para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão.

Adicionalmente, o Estado de São Paulo poderá solicitar laudos técnicos e econômicos específicos elaborados por entidades independentes, podendo, ainda, estas entidades realizarem auditorias comprobatórias do pleito. Caso se verifique a procedência, ao final, do pedido de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro apresentado, os custos com diligências e estudos necessários à plena instrução do procedimento serão arcados exclusivamente pela parte que deu causa ao

desequilíbrio, mediante a compensação do valor respectivo imediatamente após a decisão.

Note-se que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão em favor da Concessionária deverá ocorrer, prioritariamente, por meio da redução do valor da outorga a ser pago ao Estado de São Paulo, pela Concessionária.

Alternativamente, uma vez acordado o valor a ser reequilibrado, o Estado de São Paulo, mediante acordo com a Concessionária, poderá acordar as seguintes formas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da Concessão:

- (i) Prorrogação ou redução do prazo de vigência do Contrato de Concessão;
- (ii) Redução dos encargos e obrigações da Concessionária;
- (iii) Revisão dos valores devidos à título de Outorga Variável; ou
- (iv) Combinação das modalidades anteriores.

No procedimento de revisão extraordinária para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, deverá ser assegurado à Concessionária o direito à ampla defesa e contraditório, com apresentação de provas e de recurso à autoridade superior.

Em caso de avaliação de eventuais desequilíbrios futuros, deverão ser demonstrados os pressupostos e parâmetros utilizados para as estimativas dos impactos do evento gerador do desequilíbrio sobre o fluxo de caixa da concessionária.

O procedimento de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão deverá ser concluído em prazo não superior a 120 (cento e vinte) dias, ressalvada a hipótese em que seja necessária a prorrogação, devidamente justificada, para complementação da instrução.

### *Receitas Extraordinárias*

Deve ser permitido à Concessionária a obtenção de Receitas Extraordinárias, como forma de ampliar as possibilidades de obtenção de recursos dos Serviços Lotéricos.

As Receitas Extraordinárias deverão integrar os resultados financeiros da Concessão para fins de pagamento de Outorga Variável ao Estado de São Paulo.

O Contrato de Concessão poderá prever, à título de Receitas Extraordinárias pré-aprovadas aquelas decorrentes da prestação de serviços agregados nas unidades físicas da LOTESP, como, por exemplo, pagamento de títulos estaduais pelos usuários.

No mais, o Contrato de Concessão pode instituir cláusula com a previsão de que eventuais sugestões de Receitas Extraordinárias poderão ser implantadas pelo Concessionário, desde que previamente aprovadas pelo Estado de São Paulo.

### *Subcontratação*

Tendo em vista que a subcontratação tem sido usualmente permitida nas concessões e PPP recentes sem maiores restrições, possibilitando-se a subcontratação de terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes à concessão ou atividades acessórias ou complementares aos contratualmente previsto, a recomendação é que o Contrato de Concessão estabeleça expressamente a possibilidade de subcontratação.

### *Bens da Concessão*

Consoante artigo 18 da Lei Federal de Concessões, o Estado de São Paulo deverá fazer constar dos documentos editalícios, dentre outras regras: (i) a indicação dos bens reversíveis (“Bens Reversíveis”); e (ii) as características dos bens reversíveis e as condições em que estes serão postos à disposição, nos casos em que houver sido extinta a concessão anterior.

Faz-se necessário, portanto, que o Contrato de Concessão contenha regras claras acerca de quais bens efetivamente reverterão ao patrimônio do Estado de São Paulo ao final da Concessão e em que condições tais bens deverão ser transferidos ao

Estado de São Paulo, haja vista, inclusive, a obrigação de indenizar a Concessionária pela parcela de investimentos não amortizada/depreciada referente aos bens reversíveis, em caso de extinção antecipada da Concessão.

Floriano De Azevedo Marques Neto<sup>75</sup> identifica três espécies de bens que podem reverter ao final da outorga da concessão, nos seguintes termos:

*“Entre os bens que reverterem ao cabo da delegação (bens efetivamente aplicados ao serviço e imprescindíveis a este), podemos identificar três espécies : (i) os bens originalmente públicos ou aplicados ao serviço por instrumento de direito público (v.g. expropriação) (...); (ii) os bens reversíveis, que são assumidos ou que venham a ser adquiridos pela concessionária para ampliação ou melhoria do serviço ou ainda para substituir bens transferidos pelo Poder Concedente que cheguem ao fim de sua vida útil (...); (iii) por fim, os direitos reais e pessoais sobre bens de terceiros, públicos ou privados, como ocorre com as servidões de passagem para linhas de transmissão de energia elétrica (...).”*  
(Grifos nosso)

Não é demais ressaltar, ainda, que, consoante a melhor doutrina, somente podem ser considerados como reversíveis os bens manifestamente imprescindíveis à prestação do serviço delegado. Nesse sentido, a gama de bens reversíveis deverá ser restrita àqueles bens estritamente necessários ao funcionamento mínimo LOTESP.

Assim, deverão ser considerados como Bens Reversíveis, precipuamente os (i) Terminais Portáteis (“POS”), (ii) Display e (iii) Monitores de 40 polegadas.

Os bens reversíveis deverão, ao final da Concessão, ser transferidos ao Estado de São Paulo sem quaisquer ônus ou encargos, sendo certo que poderão ser alienados se a Concessionária proceder à sua imediata substituição por outros em condições de operacionalidade e funcionamento idênticas ou superiores aos substituídos, salvo nos casos em que, comprovadamente, tais bens não se mostrarem mais necessários à

---

<sup>75</sup> Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 172.

execução dos Serviços Lotéricos, devendo a Concessionária, para tanto, comunicar previamente o Estado de São Paulo e proceder à atualização do respectivo inventário.

### *Extinção do Contrato de Concessão*

O Contrato de Concessão deverá disciplinar as hipóteses de extinção da Concessão, sendo elas, consoante disposto no artigo 35 da Lei Federal de Concessões, nos seguintes termos:

- (i) Advento do termo contratual;
- (ii) Encampação;
- (iii) Caducidade;
- (iv) Rescisão;
- (v) Anulação; e
- (vi) Falência ou extinção da Concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

Em qualquer das hipóteses acima, quando extinta a Concessão, devem retornar ao Estado de São Paulo todos os bens reversíveis, direitos e privilégios vinculados à gestão e exploração da Concessão.

### *Encampação*

Para atender ao interesse público, o Estado de São Paulo poderá retomar a exploração da Concessão, após prévio pagamento da indenização à Concessionária.

Deverá ser previsto o direito da Concessionária à retenção dos direitos de exploração à Concessão enquanto a indenização não for integralmente paga pelo Estado de São Paulo ou, ainda, se questionado seu valor judicialmente, até o pagamento do valor da indenização fixado definitivamente após o trânsito em julgado da respectiva decisão.

A indenização devida em caso de encampação pelo Estado de São Paulo se fará obrigatoriamente em espécie, devendo incluir, em seu cômputo:

- (i) Encargos e ônus decorrentes de multas, rescisões e indenizações que se fizerem devidas a fornecedores, financiadores, contratados e terceiros em geral, inclusive honorários advocatícios, em decorrência do consequente rompimento dos respectivos vínculos contratuais;
- (ii) Todas as despesas causadas pela encampação, bem como os custos de rescisão antecipada dos contratos celebrados pela Concessionária para execução do objeto da Concessão;
- (iii) Lucros cessantes, nos termos do plano de negócios apresentado na licitação;
- (iv) Os investimentos vinculados aos bens reversíveis, ainda não amortizados e depreciados baseado nas normas contábeis em vigor à época da encampação; e
- (v) Todos os valores eventualmente devidos pelo Estado de São Paulo à Concessionária, inclusive a título de desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, já apurados ou não em procedimento específico de revisão extraordinária, em favor da Concessionária.

### *Caducidade*

A declaração de caducidade da Concessão nas hipóteses previstas no Contrato de Concessão será sempre precedida de processo administrativo de inadimplência, com o objetivo de garantir a continuidade de operação da Concessão, assegurando-se à Concessionária amplo direito de defesa e contraditório, inclusive produção de provas, vistas dos processos, presença em todos os atos e a realização de diligências que considerar necessárias para instrução do procedimento administrativo.

Note-se que a declaração de caducidade da Concessão é medida extrema, que só deve ser tomada em último caso, após rigoroso e transparente processo administrativo que demonstre, livre de dúvidas, que o Contrato de Concessão se encontra severamente descumprido, de modo a impedir o atingimento do fim a que se destina a Concessão, não deixando qualquer alternativa ao Estado de São Paulo que não assumir a Concessão.

Em qualquer hipótese, não poderá ser instaurado processo administrativo de inadimplência para declaração de caducidade sem prévia notificação à Concessionária, sendo-lhe dado, em cada caso, prazo razoável para corrigir as falhas e transgressões apontadas ou apresentar plano específico das irregularidades detectadas, o enquadramento nos termos contratuais.

Dentre outras hipóteses previstas no Contrato de Concessão, poderão ocasionar a declaração de caducidade a ocorrência dos seguintes eventos:

- (i) Descumprimento reiterado das cláusulas do Contrato de Concessão ou disposições legais/regulamentares concernentes à Concessão;
- (ii) Desvio, pela Concessionária, de seu objeto social;
- (iii) Ocorrência de atrasos imputáveis à Concessionária no cumprimento dos cronogramas eventualmente contidos no Contrato de Concessão, por prazos iguais ou superiores a 24 meses, levando à deterioração significativa e generalizada na qualidade dos serviços prestados;
- (iv) Alteração controle acionário da Concessionária, sem prévia e expressa aprovação do Estado de São Paulo, conforme previsto no Contrato de Concessão;
- (v) Atraso no pagamento das parcelas do valor de outorga superior a 180 (cento e oitenta) dias;
- (vi) Trânsito em julgado de condenação à Concessionária por sonegação de tributos, inclusive contribuições sociais; e
- (vii) Descumprimento, pela Concessionária, da obrigação de contratar e manter em plena vigência as apólices de seguro ou da Garantia de Execução.



Fica o Estado de São Paulo responsável pecuniariamente pelo seu ato declaratório de caducidade, devendo indenizar a Concessionária pelos eventuais investimentos já realizados e, em caso de reversão da sua decisão em âmbito judicial, pelo pagamento de perdas e danos, inclusive os referentes ao prejuízo da imagem e marca da Concessionária.

Por fim, destaca-se que, na hipótese de declaração da caducidade da Concessão, a indenização à Concessionária pelo Estado de São Paulo ficará limitada: (i) às parcelas de investimentos vinculados aos bens reversíveis, ainda não amortizados e depreciados baseado nas normas contábeis em vigor à época da declaração de caducidade; e (ii) a todos os valores eventualmente devidos pelo Estado de São Paulo à Concessionária, inclusive a título de desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, já apurados ou não em procedimento específico de revisão extraordinária, em favor da Concessionária.

### *Rescisão*

Mediante ação judicial especialmente movida para este fim, poderá a Concessionária promover a rescisão do Contrato de Concessão, no caso de descumprimento contratual pelo Estado de São Paulo e que não tenham sido compensados economicamente em decorrência do procedimento de reequilíbrio econômico-financeiro, bem como nas demais hipóteses previstas no Contrato de Concessão

### *Sanções*

O Contrato de Concessão deve conter também a sistemática de apuração de infrações, abordando a aplicação de penalidades e os tipos de penalidades, com a classificação das infrações em função dos tipos de serviços e natureza das obrigações inadimplidas pela Concessionária, bem como os valores de multas a serem aplicadas.

O não cumprimento das diretrizes, normas e especificações, índices, parâmetros desempenho e cronogramas previstos no Contrato de Concessão importarão, conforme a natureza e gravidade, na aplicação das seguintes sanções à Concessionária:

- (i) Advertência, no caso de infrações consideradas leves e médias;
- (ii) Multas, quantificadas e aplicadas na forma do Contrato de Concessão, seja qual for a gravidade da infração;
- (iii) Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração Pública, por prazo não superior a 2 anos, no caso de infrações graves e gravíssimas; e
- (iv) Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, enquanto perdurarem os motivos da punição, no caso de infrações gravíssimas.

Na aplicação das sanções, no entanto, o Estado de São Paulo observará as seguintes circunstâncias, com vistas a garantir a sua proporcionalidade:

- (i) A natureza e a gravidade da infração;
- (ii) Os danos dela resultantes para os usuários e para o Poder Concedente;
- (iii) As vantagens auferidas pela Concessionária em decorrência da infração;
- (iv) As circunstâncias atenuantes e agravantes; e
- (v) A situação econômica e financeira da Concessionária, em especial a sua capacidade de honrar compromissos financeiros, gerar receitas e manter a execução do Contrato de Concessão; e
- (vi) Os antecedentes da Concessionária, inclusive eventuais reincidências.

Com relação à gradação e dosimetria das penalidades, entende-se que o Contrato de Concessão deverá prever as seguintes escalas:

- (i) A infração será considerada leve quando decorrer de condutas involuntárias ou escusáveis da Concessionária e das quais ela não se beneficie;
- (ii) A infração será considerada média quando decorrer de conduta inescusável da Concessionária, mas efetuada pela primeira vez, sem a ela trazer qualquer benefício ou proveito, nem afetar número significativo de terceiros;

- (iii) A infração será considerada grave quando o Estado de São Paulo constatar que a Concessionária agiu de má-fé, quando a Concessionária tiver auferido benefício direto com o cometimento da infração, quando o número de usuários atingidos ou o prejuízo dela decorrente for significativo, ou quando houver prejuízo econômico significativo para o Estado de São Paulo; e
- (iv) A infração será considerada gravíssima quando: (a) o Estado de São Paulo constatar, diante das circunstâncias do serviço e do ato praticado pela Concessionária, que seu comportamento reveste-se de grande lesividade ao interesse público, por prejudicar, efetiva ou potencialmente, a vida ou a incolumidade física de terceiros; ou (b) a Concessionária não contratar ou manter em vigor a Garantia de Execução Contratual e os seguros exigidos no Contrato de Concessão.

No que tange ao processo administrativo de aplicação de penalidades, o Contrato de Concessão deverá estabelecer quais devem ser os procedimentos mínimos a serem observados pelo Estado de São Paulo a fim de garantir o direito à ampla defesa e ao contraditório da Concessionária. Nesse contexto, sugere-se o seguinte procedimento do processo sancionatório a ser estabelecido no âmbito da Concessão:

- (i) Verificada a ocorrência de eventual infração, pela Concessionária, aos termos do Contrato de Concessão, o Estado de São Paulo emitirá termo de notificação ("Termo de Notificação"), concedendo-se o prazo de 15 dias para manifestação da Concessionária, podendo documentar que julgar convenientes, e pronunciar-se junto ao Estado de São Paulo acerca das medidas a serem adotadas;
- (ii) Após o recebimento, da manifestação acerca do Termo de Notificação apresentada pela Concessionária, o Estado de São Paulo poderá: (i) arquivar o Termo de Notificação, nos casos de não confirmação da irregularidade ou procedência das alegações da Concessionária; ou (ii) proceder à instauração de procedimento administrativo sancionatório, por meio da lavratura de auto de infração ("Auto de Infração"), com a finalidade de confirmar ou não a existência da irregularidade avertida;
- (iii) O processo administrativo sancionatório previsto no Contrato de Concessão terá início com a lavratura de Auto de Infração, contendo os detalhes da infração cometida e a indicação da sanção potencialmente aplicável;
- (iv) A Concessionária terá 30 dias, contados desde o recebimento do Auto de Infração lavrado, para apresentar ao Estado de São Paulo sua defesa ou demonstrar a regularização da falha, relacionada à infração imputada. Na fase de instrução, a Concessionária poderá

requerer, fundamentadamente, diligência e perícia, podendo juntar documentos e/ou pareceres e aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo;

(v) Encerrada a instrução processual, o Estado de São Paulo decidirá sobre a aplicação da sanção, facultando à Concessionária a interposição, no prazo de 30 dias contados da notificação acerca da decisão em questão, de recurso à autoridade superior; e

(vi) Após a decisão de eventual recurso interposto pela Concessionária, o Estado de São Paulo emitirá, na hipótese de aplicação da penalidade de multa, documento de cobrança contra a Concessionária, que deverá pagar o valor correspondente em até 10 dias úteis contados do recebimento da notificação contendo a decisão final, sob pena de aplicação de correção monetária e acréscimo de juros moratórios ao valor do débito.

### *Método de Resolução de Controvérsias*

Na ocorrência de controvérsia sobre a interpretação ou execução do Contrato de Concessão, inclusive aquelas relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, as partes poderão suscitar o procedimento amigável de solução de divergências, tais como: (i) comitê técnico composto por membros indicados individualmente por cada uma das partes e, eventualmente, representantes da sociedade civil ou terceiro indicado de comum acordo pelos representantes das partes, além de pessoas notória especialização técnica sobre o motivo da controvérsia apresentada; ou (ii) procedimento de mediação, no qual as partes poderão eleger, de comum acordo, mediador para solucionar a controvérsia apresentada.

Caso se opte pela instauração do comitê técnico, o Contrato de Concessão deve assegurar que o parecer final formulado pelos seus representantes das partes terá efeito vinculativo às partes, a fim de se garantir a efetividade deste mecanismo de solução de conflitos e não o tornar meramente protelatório com relação aos pontos controversos da execução do Contrato de Concessão.

Caso o procedimento de solução amigável se mostrar, por quaisquer razões, infrutífero, as partes poderão recorrer ao procedimento arbitral, cujas condições deverão ser estabelecidas no Edital e no Contrato de Concessão.

### *4.9.3. Diretrizes ao Edital de Chamamento Público de Credenciamento*

#### *Objeto*

O Edital deverá indicar expressamente o objeto do Credenciamento, que deverá ser Autorização de operadores para implantação, operação e exploração dos Serviços Lotéricos por Quota-Fixa previstos na Lei Federal 13.756/18, no Estado de São Paulo.

#### *Condições de Participação*

O Edital deverá esclarecer quem poderá participar do Credenciamento e aqueles que são impedidos. Tendo em vista que o objetivo do Estado de São Paulo é a implantação de um amplo ambiente concorrencial, o Edital deverá impor somente as restrições necessárias à boa execução do Contrato.

Desta forma, não deverá restringir a participação de participantes individuais ou em consórcio, fundos de investimento, entidades da previdência ou pessoas jurídicas estrangeiras devidamente autorizadas a funcionar no Brasil.

Contudo, com a finalidade de preservar a integridade do Contrato, deverá restringir à participação das seguintes pessoas jurídicas:

- (a) Que tenham sido declaradas inidôneas, por quaisquer entes da Administração Pública, direta ou indireta, nas esferas federal, estadual, distrital ou municipal, por decisão administrativa transitada em julgado, nos termos do artigo 87, IV, da Lei Federal de Licitações e suas respectivas alterações, ou por decisão judicial.
- (b) Que tenham sido declaradas inidôneas pelo Tribunal de Contas da União, nos termos do artigo 46, caput, da Lei Federal nº 8.443 de 16 de junho de 1992 ou pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, nos termos do artigo 108 da Lei Complementar Estadual nº 709 de 14 de Janeiro de 1993;
- (c) Que tenham sido declaradas inidôneas pela autoridade máxima do órgão ou entidade pública competente em razão de descumprimento de infrações contra o acesso à informações, nos termos do artigo 33, V, da Lei Federal nº 12.527/2011;

- (d) Que tenham sido proibidas de contratar com a Administração Pública, direta e indireta, nas esferas federal, estadual, distrital ou municipal, em razão de prática de infração à ordem econômica, nos termos da Lei Federal nº 12.529/2011;
- (e) Que estejam suspensas e/ou impedidas de licitar e contratar com a Administração Pública, direta ou indireta, nas esferas federal, estadual, distrital ou municipal, por decisão administrativa transitada em julgado, nos termos do artigo 33, IV da Lei Federal nº 12.527/2011;
- (f) Que tenham sido condenadas, por decisão administrativa ou decisão judicial transitada em julgado, em razão da prática de atos lesivos à Administração Pública nacional, direta ou indireta, nas esferas federal, estadual, distrital, municipal ou atos lesivos à Administração Pública estrangeira, nos termos da Lei Federal nº 12.846/2013;
- (g) Que tenham sido condenadas, por decisão judicial transitada em julgado, pela prática de crimes ambientais, nos termos do artigo 10 da Lei Federal nº 9.605/1998;
- (h) Que estejam em processo de recuperação judicial/extrajudicial ou falência e concordata remanescente, insolvência civil, sob concurso de credores, em dissolução ou em liquidação, ou ainda que tenha decretada a sua falência;
- (i) Que tenham condenações cíveis por ato de improbidade administrativa transitada em julgado, nos termos da Lei Federal nº 8.429/1992; e
- (j) Que possuam como empregado, dirigente, sócio ou ocupante de cargo ou emprego na Administração Pública, direta ou indireta do Estado de São Paulo, resguardados outros impedimentos previstos na legislação e regulamentos aplicáveis.

Cumprе mencionar que o Edital não deverá impor restrição prévia à participação de pessoas jurídicas em Recuperação Judicial, em observância ao entendimento consolidado pelo TCESP<sup>76</sup> e Superior Tribunal de Justiça (“STJ”).<sup>77</sup>

---

<sup>76</sup> “(...) Deste modo, a empresa que obteve a concessão da Recuperação Judicial não está, de antemão, inapta para ser contratada, podendo assumir riscos e compromissos nos limites previstos no seu Plano de Recuperação que, diferentemente da concordata, possui maior flexibilidade na sua negociação junto aos credores. Todavia, a mera existência de plano de recuperação judicial, por si só, não garante a capacidade da empresa em executar as obrigações contratuais, até porque o descumprimento de qualquer obrigação estabelecida no plano acarretará a convolação da recuperação em falência (artigo 61, §1º).

Assim, imprescindível a confrontação do caso concreto com os termos do referido Plano para se avaliar a viabilidade econômico-financeira da interessada.” TC-003987/989/15-9 e TC- 04033/989/15-3.

<sup>77</sup> AgRg na MC 23.499/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 18/12/2014, DJe 19/12/2014.

### *Garantia da Proposta*

Os interessados deverão apresentar Garantia da Proposta, como forma de dar segurança ao Estado de São Paulo sobre o cumprimento da proposta ofertada. O Edital deverá indicar o valor mínimo da Garantia da Proposta observando o artigo 31 da Lei Federal de Licitações e artigo 58 da Nova Lei de Licitações, que impõem limite máximo de 1% do valor estimado para o Contrato.

O Edital também deverá especificar as formas de Garantia da Proposta aceitas pelo Estado de São Paulo, observando os artigos 56 da Lei Federal de Licitações e 96 da Nova Lei de Licitações. A apresentação de Garantia da Proposta em desacordo com os termos e valores especificados no Edital deverá implicar desclassificação do interessado.

### *Requisitos para Autorização*

Nos termos do artigo 27 da Lei Federal de Licitações e artigo 62 da Nova Lei de Licitações, os requisitos para habilitação devem ser: (i) jurídico: *visa a demonstrar a capacidade de o licitante exercer direitos e assumir obrigações, e a documentação a ser apresentada por ele limita-se à comprovação de existência jurídica da pessoa e, quando cabível, de autorização para o exercício da atividade a ser contratada;* (ii) técnico e profissional: *visa demonstrar o preenchimento dos requisitos necessários ao desempenho da atividade;* (iii) fiscal, social e trabalhista, e (iv) econômico-financeiro: *com intuito de comprovar a aptidão econômica do licitante para cumprimento das obrigações contratuais.*

A habilitação jurídica dependerá da natureza jurídica de cada licitantes e consistirá, em suma, no ato constitutivo de cada licitante, observada eventual documentação complementar. Nesse sentido, pode ser recomendável a adoção da lista de documentos constantes do artigo 28 da Lei Federal de Licitações, observando que o artigo 66 Nova Lei de Licitações impõe que deverão ser exigidos somente os documentos estritamente necessários à comprovação da existência da pessoa jurídica a ser contratada e habilitação para consecução do objeto contratual.



Nos termos dos artigos 29 da Lei Federal de Licitações e 68 da Nova Lei de Licitações, a regularidade fiscal e trabalhista deverá ser comprovada por meio da apresentação de:

I - a inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);

II - a inscrição no cadastro de contribuintes estadual e/ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - a regularidade perante a Fazenda federal, estadual e/ou municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - a regularidade relativa à Seguridade Social e ao FGTS, que demonstre cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei;

V - a regularidade perante a Justiça do Trabalho;

VI - o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Importante salientar que os documentos listados poderão ser substituídos ou supridos, no todo ou em parte, por outros meios hábeis a comprovar a regularidade do licitante, inclusive por meio eletrônico.

Para comprovação da habilitação econômico-financeira recomenda-se a adoção da lista constante do artigo 31 da Lei Federal de Licitações ou artigo 69 da Nova Lei de Licitações, quais sejam (i) balanço patrimonial, demonstração de resultado de exercício e demais demonstrações contábeis dos últimos 2 exercícios sociais e (ii) certidão negativa de feitos sobre falência expedida pelo distribuidor da sede da licitante.

Para a comprovação da qualificação técnica dos participantes, sugere-se seja exigida a apresentação de atestados/certidões/declarações fornecido(s) por pessoa(s)

jurídica(s) de direito público ou privado, nacional ou estrangeira, comprovando ter o interessado:

- a) desempenhado a exploração de jogos de AQF compatíveis com a quantidades mínimas previstas neste Estudo;
- b) experiência no desenvolvimento de rede de distribuição/vendas compatíveis com a quantidades mínimas previstas neste Estudo;
- c) investido em projetos de AQF em volumes financeiros compatíveis com os valores previstos neste estudo;

Para fins de compatibilidade em quantidades serão considerados os atestados, certidões ou declarações que comprovem somados ou não a operação de cada modalidade lotérica licitada o volume de venda de jogos lotéricos de 30% (trinta por cento) da média anual prevista de arrecadação.

#### *4.9.4. Diretrizes ao Contrato*

Além das diretrizes acima delineadas, que deverão constar expressamente na minuta do Contrato:

##### *Prazo da Autorização*

O prazo necessário à amortização dos investimentos necessários à implantação e exploração da LOTESP deverá ser de 5 anos.

##### *Encargos das Partes*

A Autorizatória, por meio da celebração do Contrato, assumirá, dentre outros, os seguintes encargos:

- (i) Pagar ao Estado de São Paulo o valor de outorga constante de sua Proposta Comercial, nos termos e condições previstos no Contrato;
- (iii) Pagar ao Estado o valor de Outorga Variável constante de sua Proposta Comercial;
- (iv) Cumprir o disposto no Contrato e seus anexos;
- (v) Atender, em tempo contratualmente previsto, todas as providências exigidas pelos órgãos competentes, nos termos da legislação vigente, para a concessão das licenças,

permissões, autorizações e alvarás necessários ao pleno exercício de suas atividades, correndo por sua conta as despesas correspondentes;

- (vi) Captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à execução do Contrato;
- (vii) Manter, durante o prazo de duração do Contrato, as condições necessárias à execução das obrigações remanescentes do Contrato;
- (viii) Dispor de equipamentos, materiais e equipe adequados para a consecução de todas as obrigações que lhes são atribuídas no Contrato, com a eficiência e a qualidade contratualmente definidas;
- (ix) Assumir integral responsabilidade civil e penal pela boa execução e eficiência dos serviços que realizar, bem como pelos danos decorrentes da execução do objeto do Contrato, inclusive quanto a terceiros, nos termos do instrumento contratual;
- (x) Assumir a integral responsabilidade por quaisquer acidentes de trabalho na execução do Contrato, assim como pelo uso indevido de patentes e/ou direitos autorais, nos termos do instrumento contratual;
- (xi) Assumir integral responsabilidade pelos riscos ordinários inerentes à execução do Contrato, ressalvadas as hipóteses expressamente excepcionadas no Contrato;
- (xii) Contratar as apólices de seguros mínimas previstos no Contrato e as apólices de seguros para os riscos relevantes e usuais dos serviços, nos termos do Contrato, responsabilizando-se, nos termos contratuais, pelos danos causados por si, seus representantes, prepostos, subcontratados, na execução da Concessão, perante o Estado de São Paulo ou terceiros;
- (xiii) Observar todas as determinações legais e regulamentares quanto à legislação trabalhista, previdenciária, de segurança e medicina do trabalho em relação aos seus empregados, prestadores de serviços, contratados ou subcontratados, isentando o Estado de São Paulo de qualquer responsabilização relacionada;
- (xiv) Comunicar o Estado de São Paulo todas as circunstâncias ou ocorrências que, constituindo motivos de caso fortuito ou força maior, impeçam ou venham a impedir a correta execução do Contrato;
- (xv) Comunicar o Estado de São Paulo de todo e qualquer evento que altere de modo relevante o normal desenvolvimento das atividades previstos no Contrato, ou que possam vir a prejudicar ou impedir o pontual e tempestivo cumprimento das obrigações previstas no Contrato, incluindo-se ações judiciais e procedimentos administrativos, apresentando, por escrito e no prazo mínimo necessário, relatório detalhado sobre esses fatos, e incluindo, se for o caso, contribuições de entidades especializadas, externas à Concessionária, com as medidas tomadas ou a serem tomadas para superar ou sanar a situação;

(xvi) Observar os padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas;

(xvii) Conservar e manter atualizados todos os bens, equipamentos e instalações empregados na LOTESP em perfeitas condições de funcionamento, bem como reparar suas unidades e promover, oportunamente, as substituições demandadas em função do desgaste, superação tecnológica ou término da sua vida útil, e ainda, promover os reparos ou modernizações necessárias à boa execução e à preservação da adequação das atividades e serviços, em observância ao princípio da atualidade, visando ao atendimento dos Índices de Desempenho;

(xviii) Indicar e manter um responsável técnico à frente dos trabalhos, com poder para representar a Autorizatória junto ao Estado de São Paulo, indicando as formas para contato.

O Estado de São Paulo, por sua vez, assumirá, dentre outras, as seguintes obrigações:

(i) Responsabilizar-se pelos ônus, danos, despesas, pagamentos, indenizações e eventuais medidas judiciais decorrentes de atos ou fatos, anteriores à Data da Ordem de Início, relacionados à Concessão, bem como de atos ou fatos que, embora posteriores à Data da Ordem de Início, decorram de culpa exclusiva do Estado de São Paulo ou de quaisquer terceiros por ele contratados;

(ii) Disponibilizar toda e qualquer informação para o desenvolvimento da LOTESP que lhe estejam disponíveis;

(iii) Prestar, se cabível, as informações solicitadas pela Autorizatória para o bom andamento do Contrato;

(iv) Fundamentar devidamente suas decisões, aprovações, pedidos ou demais atos praticados ao abrigo do Contrato;

(v) Indicar formalmente os responsáveis pelo acompanhamento do Contrato;

(vi) Aplicar as sanções e penalidades e adotar as demais medidas necessárias ao cumprimento regular do Contrato em caso de inadimplemento das obrigações assumidas pela Autorizatória; e

(vii) 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 LOTESP, junto aos demais órgãos estaduais, inclusive com a participação em reuniões técnicas e envio de manifestações necessárias.

### *Remuneração da Autorizatória*

O Contrato deverá indicar de forma clara e precisa a forma de remuneração da Concessionária, conforme indicado em item específico deste Estudo.

### *Pagamento de Outorga ao Estado de São Paulo*

Sugere-se que o valor ofertado à título de outorga fixa será pago ao longo de todo o prazo da Autorização, sendo certo que o primeiro pagamento ocorrerá como condição precedente para assinatura do Contrato e os remanescentes serão realizados consecutivamente em até 30 (trinta) dias após o término do décimo segundo mês de Contrato, subsequentemente, contados da emissão de início da concessão, ou, conforme denominada no contrato data da emissão da “Ordem de Início”.

Com relação à outorga variável, considerando que essa consiste em um percentual das receitas projetadas do Plano de Negócio da Concessionária, sugere-se que sua incidência ocorra apenas a partir do quinto ano da Autorização, ou em outros termos, que seja concedido prazo de carência à Autorizatória para pagamento da outorga variável ofertada na Proposta Comercial.

### *Plano de Seguros*

Com a finalidade de resguardar a LOTESP e o Estado de São Paulo, entende-se que a Concessionária deverá manter em vigor, ao longo do Contrato, as seguintes apólices de seguros, conforme estipulado no Contrato:

- (i) Seguro de riscos operacionais ou riscos nomeados do tipo “todos os riscos”, incluindo, no mínimo, a cobertura de danos materiais por incêndio, tumulto, manifestações, raio, vendaval, ciclone, granizo, explosão, alagamentos e inundações, vazamento de tubulações, danos elétricos, de equipamentos eletrônicos, lucros cessantes, roubo de bens, pequenas obras de engenharia;
- (ii) Seguro de responsabilidade civil com operações, que compreenda todos e quaisquer acidentes causados pela Concessionária, subcontratadas ou terceiros, ou por seus prepostos ou empregados, cobrindo qualquer prejuízo material, pessoal, moral ou outro, que venha a

ser causado ou esteja relacionado com a execução dos serviços, inclusive, mas não se limitando a responsabilidade civil de empregador, mortes e danos corporais, morais e materiais causados a terceiros; e

### *Alocação de Riscos*

Considerando que o caráter precário da Autorização, entende-se que o Credenciado deverá assumir os riscos da exploração dos Serviços Lotéricos.

### *Receitas Extraordinárias*

Deve ser permitido à Autorizatória a obtenção de Receitas Extraordinárias, como forma de ampliar as possibilidades de obtenção de recursos dos Serviços Lotéricos.

As Receitas Extraordinárias deverão integrar os resultados financeiros do Contrato para fins de pagamento de Outorga Variável ao Estado de São Paulo.

O Contrato poderá prever, à título de Receitas Extraordinárias pré-aprovadas aquelas decorrentes da prestação de serviços agregados nas unidades físicas da LOTESP, como, por exemplo, pagamento de títulos estaduais pelos usuários.

No mais, o Contrato pode instituir cláusula com a previsão de que eventuais sugestões de Receitas Extraordinárias poderão ser implantadas pelo Autorizatório, desde que previamente aprovadas pelo Estado de São Paulo.

### *Subcontratação*

No âmbito do Contrato decorrente de Autorização não há possibilidade de subcontratação do objeto, sem prévia anuência do Estado de São Paulo, conforme prevê o artigo 79, parágrafo único da Nova Lei de Licitações. Desta forma, deve constar expressa previsão neste sentido no Edital de Chamamento e no Contrato.

### *Revogação da Autorização*

A Autorização terá vigência pelo prazo previsto em Contrato, podendo ser revogada pelo Estado de São Paulo antes do termo final apenas por (i) descumprimento

contratual grave por parte da Autorizatória ou (ii) mediante pagamento de indenização à Autorizatória.

### *Sanções*

O Contrato deve conter também a sistemática de apuração de infrações, abordando a aplicação de penalidades e os tipos de penalidades, com a classificação das infrações em função dos tipos de serviços e natureza das obrigações inadimplidas pela Autorizatória, bem como os valores de multas a serem aplicadas.

O não cumprimento das diretrizes, normas e especificações, índices, parâmetros desempenho e cronogramas previstos no Contrato importarão, conforme a natureza e gravidade, na aplicação das seguintes sanções à Autorizatória:

- (i) Advertência, no caso de infrações consideradas leves e médias;
- (ii) Multas, quantificadas e aplicadas na forma do Contrato, seja qual for a gravidade da infração;
- (iii) Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração Pública, por prazo não superior a 2 anos, no caso de infrações graves e gravíssimas; e
- (iv) Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, enquanto perdurarem os motivos da punição, no caso de infrações gravíssimas.

Na aplicação das sanções, no entanto, o Estado de São Paulo observará as seguintes circunstâncias, com vistas a garantir a sua proporcionalidade:

- (i) A natureza e a gravidade da infração;
- (ii) Os danos dela resultantes para os usuários e para o Estado de São Paulo;
- (iii) As vantagens auferidas pela Autorizatória em decorrência da infração;
- (iv) As circunstâncias atenuantes e agravantes; e
- (v) A situação econômica e financeira da Autorizatória, em especial a sua capacidade de honrar compromissos financeiros, gerar receitas e manter a execução do Contrato; e
- (vi) Os antecedentes da Autorizatória, inclusive eventuais reincidências.



Com relação à gradação e dosimetria das penalidades, entende-se que o Contrato deverá prever as seguintes escalas:

- (i) A infração será considerada leve quando decorrer de condutas involuntárias ou escusáveis da Autorizatória e das quais ela não se beneficie;
- (ii) A infração será considerada média quando decorrer de conduta inescusável da Autorizatória, mas efetuada pela primeira vez, sem a ela trazer qualquer benefício ou proveito, nem afetar número significativo de terceiros;
- (iii) A infração será considerada grave quando o Estado de São Paulo constatar que a Autorizatória agiu de má-fé, quando a Autorizatória tiver auferido benefício direto com o cometimento da infração, quando o número de usuários atingidos ou o prejuízo dela decorrente for significativo, ou quando houver prejuízo econômico significativo para o Estado de São Paulo; e
- (iv) A infração será considerada gravíssima quando: (a) o Estado de São Paulo constatar, diante das circunstâncias do serviço e do ato praticado pela Autorizatória, que seu comportamento reveste-se de grande lesividade ao interesse público, por prejudicar, efetiva ou potencialmente, a vida ou a incolumidade física de terceiros; ou (b) a Concessionária não contratar ou manter em vigor a Garantia de Execução Contratual e os seguros exigidos no Contrato.

No que tange ao processo administrativo de aplicação de penalidades, o Contrato deverá estabelecer quais devem ser os procedimentos mínimos a serem observados pelo Estado de São Paulo a fim de garantir o direito à ampla defesa e ao contraditório da Autorizatória. Nesse contexto, sugere-se o seguinte procedimento do processo sancionatório a ser estabelecido no âmbito da do Contrato:

- (i) Verificada a ocorrência de eventual infração, pela Autorizatória, aos termos do Contrato, o Estado de São Paulo emitirá termo de notificação (“Termo de Notificação”), concedendo-se o prazo de 15 dias para manifestação da Autorizatória, podendo documentos que julgar convenientes, e pronunciar-se junto ao Estado de São Paulo acerca das medidas a serem adotadas;
- (ii) Após o recebimento, da manifestação acerca do Termo de Notificação apresentada pela Autorizatória, o Estado de São Paulo poderá: (i) arquivar o Termo de Notificação, nos

casos de não confirmação da irregularidade ou procedência das alegações da Autorizatória; ou (ii) proceder à instauração de procedimento administrativo sancionatório, por meio da lavratura de auto de infração (“Auto de Infração”), com a finalidade de confirmar ou não a existência da irregularidade aventada;

(iii) O processo administrativo sancionatório previsto no Contrato terá início com a lavratura de Auto de Infração, contendo os detalhes da infração cometida e a indicação da sanção potencialmente aplicável;

(iv) A Autorizatória terá 30 dias, contados desde o recebimento do Auto de Infração lavrado, para apresentar ao Estado de São Paulo sua defesa ou demonstrar a regularização da falha, relacionada à infração imputada. Na fase de instrução, a Autorizatória poderá requerer, fundamentadamente, diligência e perícia, podendo juntar documentos e/ou pareceres e aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo;

(v) Encerrada a instrução processual, o Estado de São Paulo decidirá sobre a aplicação da sanção, facultando à Autorizatória a interposição, no prazo de 30 dias contados da notificação acerca da decisão em questão, de recurso à autoridade superior; e

(vi) Após a decisão de eventual recurso interposto pela Autorizatória, o Estado de São Paulo emitirá, na hipótese de aplicação da penalidade de multa, documento de cobrança contra a Autorizatória, que deverá pagar o valor correspondente em até 10 dias úteis contados do recebimento da notificação contendo a decisão final, sob pena de aplicação de correção monetária e acréscimo de juros moratórios ao valor do débito.

### *Método de Resolução de Controvérsias*

Na ocorrência de controvérsia sobre a interpretação ou execução do Contrato, inclusive aquelas relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, as partes poderão suscitar o procedimento amigável de solução de divergências, tais como: (i) comitê técnico composto por membros indicados individualmente por cada uma das partes e, eventualmente, representantes da sociedade civil ou terceiro indicado de comum acordo pelos representantes das partes, além de pessoas notória especialização técnica sobre o motivo da controvérsia apresentada; ou (ii) procedimento de mediação, no qual as partes poderão eleger, de comum acordo, mediador para solucionar a controvérsia apresentada.

Caso se opte pela instauração do comitê técnico, o Contrato deve assegurar que o parecer final formulado pelos seus representantes das partes terá efeito vinculativo às partes, a fim de se garantir a efetividade deste mecanismo de solução de conflitos

e não o tornar meramente protelatório com relação aos pontos controversos da execução do Contrato.

Caso o procedimento de solução amigável se mostrar, por quaisquer razões, infrutífero, as partes poderão recorrer ao procedimento arbitral, cujas condições deverão ser estabelecidas no Edital e no Contrato.

\*\*\*\*