



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

FLÁVIO GERMANO DE SENA TEIXEIRA JÚNIOR

**REGIME JURÍDICO E REGULAÇÃO DAS LOTERIAS ESTADUAIS NO
BRASIL: olhar crítico e uma proposta de aprimoramento regulatório-institucional**

Recife
2022

FLÁVIO GERMANO DE SENA TEIXEIRA JÚNIOR

**REGIME JURÍDICO E REGULAÇÃO DAS LOTERIAS ESTADUAIS NO
BRASIL: olhar crítico e uma proposta de aprimoramento regulatório-institucional**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito. Área de Concentração: Transformações do Direito Público.

Orientador: Professor Doutor Marcos Antônio Rios da Nóbrega.

Recife

2022

Catálogo na fonte
Bibliotecária Ana Cristina Vieira, CRB-4/1736

- T266r Teixeira Júnior, Flávio Germano de Sena.
Regime jurídico e regulação das loterias estaduais no Brasil: olhar crítico e uma proposta de aprimoramento regulatório-institucional / Flávio Germano de Sena Teixeira Júnior. -- Recife, 2022.
147 f.
- Orientador: Prof. Dr. Marcos Antônio Rios da Nóbrega.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco.
Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2022.
- Inclui referências.
1. Direito - Brasil. 2. Loterias. 3. Serviço público. I. Nóbrega, Marcos Antônio Rios da (Orientação). II. Título.
- 340.81 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ 2023-10)

FLÁVIO GERMANO DE SENA TEIXEIRA JÚNIOR

**REGIME JURÍDICO E REGULAÇÃO DAS LOTERIAS ESTADUAIS NO
BRASIL: olhar crítico e uma proposta de aprimoramento regulatório-institucional**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito. Área de Concentração: Transformações do Direito Público.

Aprovado em: 16/09/2022

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Marcos Antônio Rios da Nóbrega (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

Profa. Dra. Luciana Grassano de Gouvêa Melo (Examinadora Interna)
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

Profa. Dra. Caroline de Fátima da Silva Torres Lobato (Examinadora Externa)
Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP

Aos meus pais, Flávio e Edla, e a minha irmã, Juliana. Antes de advogado, jurista, servidor público ou acadêmico, eu sou aquilo que vocês me ensinaram a ser.

AGRADECIMENTOS

Esta dissertação, por diversas noites, visitou meus sonhos. Às vezes, eles eram envolvidos numa grande agonia, marcados pelo medo de não conseguir concluí-la; em outras eram confortantes, pois me faziam acordar com o entusiasmo necessário para continuar.

Entretanto, a alegria de contar com Deus e com o apoio dos meus familiares e amigos prevaleceu muito mais do que qualquer dificuldade sentida. Transportando tal sentimento para uma linguagem jurídica, posso dizer que nessa ponderação de valores e, na busca da vedação ao excesso, com certeza, prevaleceram as realizações. É por isso que só tenho motivos para agradecer, cabendo aqui um esclarecimento: estes não se encontram em grau de importância. Na verdade, eles foram sendo idealizados durante o desenvolvimento da dissertação.

Ao Professor Marcos Nóbrega, verdadeiro incentivador do pensamento jurídico científico - sobretudo no que diz respeito à imprescindível interação entre direito e economia -, cujas orientações e parcerias na confecção de artigos científicos ampliaram sobremaneira o meu repertório teórico, auxiliando-me não apenas na pesquisa da dissertação, mas também no amadurecimento do autor que ora redige.

Aos colegas do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco – PPGD/UFPE, por compartilharem comigo a vivência (difícil, mas geradora de aprendizado) de um mestrado em tempos de pandemia.

Aos Professores Edilson Nobre, Luciana Grassano, Francisco Queiroz, Alexandre da Maia e Jayme Benvenuto, pelas diversas lições que propiciaram nas disciplinas e minicursos que tive a oportunidade de cursar durante o mestrado.

Às universidades públicas brasileiras como um todo e, em especial, à Universidade Federal de Pernambuco - UFPE, lugar de resistência e defesa da ciência, sobretudo em tempos de tanto atraso e desinformação.

Aos amigos e Professores Bruno Cunha, Theresa Nóbrega, Flávio Cavalcanti e Caroline Lobato, pelo apoio e inspiração à minha caminhada acadêmica.

Aos colegas da Secretaria de Estado de Projetos Especiais – SEPE, pelo aprendizado propiciado no cotidiano da Administração Pública, inspirando-me, inclusive, a abordar o tema do direito e regulação das atividades lotéricas.

Aos colegas da Secretaria de Educação e Esportes do Estado de Pernambuco – SEE, pela crucial contribuição no resgate da minha devoção à causa pública.

RESUMO

Após o julgamento conjunto das ADPF's 492 e 493 pelo Supremo Tribunal Federal, fincou-se verdadeiro ponto de inflexão em matéria de loterias no Brasil, afastando-se a anacrônica concepção de exclusividade da União quanto à exploração da atividade lotérica. Com isso, estados-membros (e até municípios) passaram a se movimentar para conformar suas próprias loterias, contudo, sem parâmetros regulatórios bem delineados, mormente porque o principal diploma legal sobre a matéria data de 1967, em pleno contexto de ditadura civil-militar. Assim, nesta pesquisa, procurou-se, primeiro, sistematizar a matéria, esclarecendo-se os conceitos que a permeiam; depois, discute-se o regime jurídico das loterias estaduais no Brasil; terceiro, traz-se a lume algumas disposições regulatórias em matéria de loteria no âmbito do direito estrangeiro; quarto, apresenta-se um estado da arte da regulação da atividade lotérica no Brasil, procurando-se desmistificar a delimitação dos espaços de competência legislativa e competência administrativa. Por derradeiro, no quinto capítulo, apresenta-se uma proposta de redesenho do modelo regulatório-institucional, almejando-se contribuir para o aprimoramento regulatório do setor. O texto é corolário de uma pesquisa bibliográfica e legislativa, de abordagem qualitativa, que se vale do método hipotético-dedutivo, a fim de oferecer um caminho com um pouco mais de segurança jurídica aos entes públicos que pretendem explorar os jogos lotéricos em seus respectivos territórios.

Palavras-chave: direito; mercado; loterias; jogos; regulação; serviço público.

ABSTRACT

After the joint judgment of ADPF 492 and 493 by the Supreme Court, a real turning point was established in terms of local lotteries, moving away from the anachronistic concept of exclusivity of the Union in the exploitation of lottery activity. As a result, member states, and even municipalities, began to create their own lotteries, however, without well-defined regulatory parameters, especially since the main Brazilian law on the matter was produced in the period of the military dictatorship, in 1967. , in this research, we tried, first, to systematize the matter, clarifying the concepts that permeate it; then, the legal regime of state/local lotteries in Brazil is discussed; third, some regulatory provisions in the field of lottery in the scope of foreign law are exposed; fourth, a "state of the art" of the regulation of lottery activity in Brazil is presented, seeking to demystify the delimitation of spaces of legislative competence and administrative competence. Finally, in the fifth chapter, a proposal for the redesign of the regulatory-institutional model is presented, aiming to contribute to the regulatory improvement of the sector. The text is a corollary of a bibliographic and legislative research, with a qualitative approach, which uses the hypothetical-deductive method, in order to offer a path with a little more legal certainty to subnational public entities who intend to explore lottery games in their respective territories.

Keywords: law; marketplace; lotteries; games; regulation; public service.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 LOTERIA – NOÇÕES ELEMENTARES E CONCEITUAIS.....	15
2.1 Loteria é produto ou o órgão/entidade que explora a atividade? Algumas ponderações sobre a questão.....	15
2.2 Origem histórica das loterias no Brasil.....	21
2.3 Mais alguns conceitos elementares: aposta, concurso de prognósticos e prêmio.....	28
3 REGIME JURÍDICO DAS LOTERIA ESTADUAIS NO BRASIL.....	41
3.1 Previsão Infraconstitucional.....	42
3.2 Constitucionalidade das normas estaduais e limites de exploração.....	44
3.3 Competência material versus competência legislativa e a (in) existência de exclusividade da União em matéria de normatização e exploração do serviço lotérico.....	47
3.4 Da não recepção da exclusividade federal prevista no Decreto-Lei 204/1967 pela Constituição Federal de 1988: o julgamento do caso das loterias, pelo Supremo Tribunal Federal, como ponto de inflexão para o federalismo brasileiro.....	55
3.5 Autonomia dos estados-membros: os limites da competência material em matéria de jogos lotéricos.....	62
3.5.1 Loterias estaduais e a Súmula Vinculante nº 2.....	64
3.5.1.1 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade.....	66
3.6 Alguns esclarecimentos: concursos de prognósticos legalizados pela União.....	67
3.7 Modalidades lotéricas legalizadas pela União.....	67
3.7.1 Inovações tecnológicas da Loteria da União e aplicação nos estados-membros.....	68
4 REGULAÇÃO DA ATIVIDADE LOTÉRICA À LUZ DO DIREITO ESTRANGEIRO.....	73
4.1 Metodologia de análise: países pesquisados e foco da pesquisa.....	73
4.2 Objetivos da regulação dos jogos.....	74

4.3 Notas sobre o modelo de regulação francês.....	76
4.4 Notas sobre o modelo de regulação português.....	80
4.5 Notas sobre o modelo de regulação italiano.....	83
 5 ESTADO DA ARTE DA REGULAÇÃO DA ATIVIDADE LOTÉRICA NO BRASIL.....	 86
5.1 A política pública regulatória.....	86
5.2 Exploração de atividades lotéricas: serviço público ou atividade privada.....	87
5.2.1 A qualificação da atividade lotérica como serviço público e as suas implicações..	87
5.2.2 A exploração direta dos jogos lotéricos pelo Estado.....	92
5.2.3 A exploração dos jogos lotéricos pela via da concessão de serviço público.....	94
5.2.3.1 <i>A inadequação das permissões de serviço público para a delegação das atividades lotéricas.....</i>	<i>95</i>
5.2.3.2 <i>As espécies de concessão e a compatibilidade da concessão comum para as atividades lotéricas.....</i>	<i>96</i>
5.2.3.3 <i>As duas formas de delegar: com ou sem competitividade.....</i>	<i>102</i>
5.2.3.4 <i>A alternativa possível de concessão de atividades lotéricas com competitividade.....</i>	<i>104</i>
5.2.4 As implicações de uma eventual qualificação da atividade lotérica como atividade econômica e a sua regulação pelo Estado.....	108
5.2.5 A busca pelo amplo controle do Estado sobre a exploração dos jogos e a natureza jurídica da atividade.....	114
5.3 Requisitos e procedimentos para a exploração dos jogos lotéricos.....	115
5.3.1 A incidência das regras de licitação pública no caso de concessão de serviço público.....	115
5.3.2 Os requisitos legais de habilitação para a licitação de concessão de serviço público.....	116
5.3.2.1 <i>A habilitação jurídica das concessões de jogos lotéricos.....</i>	<i>117</i>
5.3.2.2 <i>A qualificação técnica e a experiência prévia no setor de jogos lotéricos.....</i>	<i>119</i>
 6 QUEM REGULA AS LOTERIAS ESTADUAIS NO BRASIL? UMA PROPOSTA DE APRIMORAMENTO REGULATÓRIO-INSTITUCIONAL.....	 121

6.1 Agência reguladora independente: a busca por uma regulação técnica nacional dos jogos.....	122
6.2. A regulação técnica no combate à assimetria de informações.....	128
7 CONCLUSÕES (E APORIAS).....	135
REFERÊNCIAS.....	138

1 INTRODUÇÃO

O desempenho da função estatal regulatória, em moldes constitucionalmente orientados, configura um dos tópicos mais fascinantes do direito administrativo contemporâneo. Sem dúvida, o recente somatório de crises econômico-financeiras e ambientais só tem robustecido a imprescindibilidade de se encontrar a “medida certa” de intervenção estatal na arena do mercado, de sorte a operar eficazmente pressupostos cumulativos do desenvolvimento sustentável, em vez de seguir os ditames conjunturais e episódicos de supostos interesses públicos, que mal dissimulam projetos patrocinados por grupos de interesse. Há quem qualifique, inclusive, a regulação como um “quarto poder”¹.

Diante desse cenário, infere-se que um dos setores extremamente carentes de diretrizes regulatórias no Brasil é o dos jogos lotéricos, sobretudo a partir do ainda recente cenário de franqueamento da exploração dessa atividade aos estados-membros, municípios e Distrito Federal.

Diz-se recente porque, em 30 de setembro de 2020, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADPF’s 492 e 493, e ADI 4986², decidiu sobre tema que já era bastante longo: a (in) existência de virtual privilégio³ da União sobre a exploração de atividades lotéricas. O entendimento tradicional (de que havia privilégio na exploração) decorria do Decreto-Lei nº 204/1967 e a conclusão da Corte foi pela não recepção de alguns desses dispositivos⁴, acabando-se por colocar uma pá de cal nessa longa história.

¹ Expressão utilizada por Nuno Cunha Rodrigues em artigo de opinião denominado de “Regulação econômica: o quarto poder”. Disponível em: <https://www.publico.pt/2022/01/13/opiniaop/opiniao/regulacao-economica-quarto-1991691> . Acesso em 29.01.2022.

² Cf. disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/gm-uniao-monopolio-exploracao-loterias.pdf>. Acesso em 12/01/2021.

³ Explicaremos mais adiante a diferença entre privilégio e monopólio. No âmbito dos serviços públicos, deve-se falar em privilégio e não

⁴ Artigos 1º, *caput*, e 32, *caput*, e §1º, do Decreto-Lei 204/1967, *in verbis*:

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, 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 dêste Decreto-lei (sic).

Como consequência dessa emblemática decisão, tem-se hoje um mercado em franca expansão no Brasil. Estados-membros começam a instituir suas próprias loterias (em verdade, até mesmo municípios começam a instituir suas loterias⁵).

Ademais, ao par de ser uma decisão que, de alguma forma, revitaliza o federalismo e permite uma combinação de ações entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, possibilita-se que os entes subnacionais tenham mais uma ferramenta de indução ao desenvolvimento econômico, podendo, de alguma maneira, angariar relevantes e vultuosos recursos, bem como criar uma competição com os organismos federais⁶ que há muito já exercem esse papel.

Sem adentrar às clássicas discussões de cunho ético, moral ou religioso, que raramente avançam rumo a uma solução, mas trabalhando com a realidade social da forma como ela se apresenta, chega-se à conclusão de que as loterias existem, sempre existiram e, tendencialmente, vão continuar existindo. O trabalho do jurista (e, mais precisamente, do acadêmico/pesquisador), nesse diapasão, consiste, sobretudo, em perscrutar as diretrizes regulatórias mais adequadas para o setor, levando-se em consideração, em última análise, o “interesse da coletividade”⁷.

Já foi provado que as loterias são ferramentas que podem assegurar importantes recursos às demandas sociais, notadamente aquelas atreladas à segurança pública, saúde, educação, cultura, desporto e, sobretudo, seguridade social (conforme previsto expressamente no texto constitucional⁸). A Loteria da União, por exemplo, capitaneada pela Caixa Econômica Federal, gerou um montante de R\$ 2,74 bilhões em arrecadações no primeiro quadrimestre de 2021. O valor é 13% (treze por cento) maior que os R\$ 2,42 bilhões em repasses contabilizados durante o mesmo período de 2020, informa o 1º

⁵ A título de exemplo, cite-se a criação da loteria do Município de Guarulhos. Cf. disponível em: <https://www.guarulhos.sp.gov.br/article/guarulhos-sanciona-lei-que-autoriza-criacao-de-loteria-municipal>. Acesso em 12/01/2021.

⁶ Por organismos federais, aqui, leia-se a Caixa Econômica Federal, que presta o serviço público lotérico no âmbito da União.

⁷ Preferi utilizar as aspas, uma vez que a expressão “interesse da coletividade” é fluida e depende da ponderação do caso concreto. Exemplificando, é possível que, num determinado setor regulado, a máxima arrecadação fiscal traduza o melhor interesse público; doutro lado, em um outro setor regulado, a fortificação da fiscalização e do sistema sancionatório sejam mais importantes. Em outras palavras, o “interesse da coletividade” varia de acordo com o contexto e com as condições que estão postas.

⁸ Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

[...]

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

Relatório do Mercado Brasileiro de Loterias⁹, divulgado no dia 23 de junho de 2021 pelo Ministério da Economia¹⁰.

Por outro lado, a regulação não pode (ou não deve) levar em conta apenas o aspecto arrecadatório. Aliás, em um primeiro momento, afigura-se indispensável questionar: por que regular? A resposta a esta questão está intimamente ligada às políticas públicas (*public policy*) do governo, ou seja, àquilo que os governos pretendem alcançar com a regulação do jogo lotérico.

Em assim sendo, é preciso abordar a questão dos jogos e sorteios no Brasil a partir de uma perspectiva mais contemporânea, com especial atenção ao papel a ser desempenhado pelo Estado na direção, gestão, exploração, regulação, fiscalização e controle desse ramo de atividades. Na realidade, a despeito de as loterias serem uma realidade há muito existente no Brasil, a escassez de doutrina mais profunda sobre a matéria contribui para entendimentos divergentes e decisões judiciais e administrativas conflitantes, mormente quando estão postos à discussão temas jurídicos complexos como a distribuição de competências entre os entes federados e a regulação do setor.

Devido à insegurança jurídica reinante no Brasil, em razão dessas circunstâncias e da própria escassez de literatura específica e pormenorizada sobre o tema (mais ainda sobre loterias estaduais), carece de fundamental importância aprofundá-lo. Daí a ideia – e a construção – desta obra, com a intenção de promover uma revisão bibliográfica, sistematizando um campo ainda deveras fragmentado (direito e regulação das loterias no Brasil), a fim de situar aquele que se interessa pela matéria, no emaranhado legislativo que tem balizado as decisões judiciais e administrativas correspondentes. Mais do que a sistematização da matéria, o escopo magno aqui é, ao cabo, mesmo ciente da dificuldade e ousadia da tarefa pretendida, apresentar uma proposta de aprimoramento do desenho regulatório-institucional do setor.

De proêmio, esta dissertação trata de conceitos fundamentais à compreensão do assunto abordado, pautado que está em algumas premissas como: a) a exploração da atividade lotérica não é privilégio da União e b) precisamos refletir acerca do modelo

⁹ Disponível em: <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/orgaos/secretaria-de-avaliacao-planejamento-energia-e-loteria/boletins/boletim-secap-loteria-panorama-do-mercado-brasileiro-de-loterias/view>. Acesso em 18 nov. 2021.

¹⁰ De acordo com a pasta, esses valores incluem tanto os repasses sociais via Tesouro Nacional quanto o imposto de Renda. “O Relatório aponta que os repasses sociais para o financiamento de políticas públicas chegaram a R\$ 2,04 bilhões de janeiro a abril, o que representa um aumento de 21% sobre R\$ 1,68 bilhão dos quatro primeiros meses de 2020”, detalha o Ministério.

regulatório-institucional do setor e, notadamente, sobre a criação de uma agência nacional de jogos.

Trata-se, aqui, portanto, de uma singela contribuição jurídica que tem como inspiração, máxime, o trabalho do autor como servidor público atuante na modelagem do projeto da loteria do Distrito Federal, no seio da qual pôde vivenciar a miríade de interpretações dissonantes e a falta de parâmetros regulatórios mais seguros para interpretar e manejar as disposições normativas correlatas – em sua maioria, é bem verdade, ultrapassadas e fruto de um estado de exceção/regime ditatorial¹¹, mormente porque desconsideravam ou arredavam a exploração da atividade lotérica pelos entes subnacionais.

Os conceitos adotados nesta obra estão sempre relacionados com aspectos jurídicos ou fenômenos econômico-sociais que digam respeito às loterias. Em razão da evolução da sociedade e, no seu fôlego, da legislação que busca abarcar o dinamismo de seus componentes dos mais variados matizes, o autor pretende, de tempos em tempos, atualizar a obra, trazendo a lume a evolução legiferante, os desdobramentos jurisprudenciais e uma interpretação crítica correspondente. É o mínimo, como pesquisador, que se pode fazer para estimular a evolução dos institutos e o debate no âmbito acadêmico, legislativo e no núcleo da sociedade civil.

¹¹ Referente à repercussão do **Ato Institucional nº 4 de 7 de dezembro de 1966**. Convoca o Congresso Nacional para se reunir extraordinariamente, de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967, para discussão [sic, toação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República, e dá outras providências. [Sic]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-04-66.htm. Acesso em: 25 out. 2021, que acobertou o BRASIL. **Decreto-Lei nº 204 de 27 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a exploração de loterias e dá outras providências. [sic]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/195-1988/del0204.htm. Acesso em: 25 out. 2020.

2 LOTERIA: NOÇÕES ELEMENTARES E CONCEITUAIS

A compreensão de um tema com maior profundidade e clareza perpassa, em grande parte, pelo conhecimento dos conceitos basilares a ele referentes, a fim de que se parta de uma premissa teórica segura do ponto de vista técnico.

Sendo assim, não se pode avançar no tema desta obra sem que se compreenda o conceito de loteria enquanto instituição pública, à luz de uma exegese, respectivamente, dos artigos 22, inc. XX, e 195, inc. III, da Constituição Federal de 1988¹².

Nessa toada, procuraremos esclarecer algumas confusões conceituais relativas ao que, de fato, se entende por loteria, esclarecendo alguns equívocos cometidos historicamente, inclusive, por legisladores brasileiros, mormente quando nos debruçamos sobre o tema a partir de uma análise de conformidade com a Constituição.

2.1. Loteria é produto ou o órgão/entidade que explora a atividade? Algumas ponderações sobre a questão

Não obstante ter o legislador emprestado à palavra “loteria” o conceito de “jogo”¹³, a análise etimológica evidencia que a palavra loteria é formada pelo radical *lot/loto* e o sufixo *eria*¹⁴, em que *loto* (ou o substantivo *lott* do italiano, ou *hlot* do inglês arcaico)¹⁵ é uma modalidade ou tipo de jogo, ao passo que o termo *eria* (do latim) é o sufixo que designa, neste caso, o lugar. Portanto, do ponto de vista semântico, loteria não é jogo e tampouco concurso de prognóstico.

¹² Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XX - sistemas de consórcios e sorteios;

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

[...]

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

¹³ Art. 40, parágrafo único, do BRASIL. **Decreto-Lei nº 6.259 de 10 de fevereiro de 1944**. Dispõe sobre o serviço de loterias, e dá outras providências. [sic]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del6259.htm. Acesso em: 25 out. 2021, entre outros dispositivos na legislação pátria.

¹⁴ Sobre o sufixo – *eria*, ver: CONDÉ, Valéria GIL. **A Produtividade do Sufixo – Eria na Língua Portuguesa do Brasil**. Tese de Doutorado em Letras (Letras Clássicas). Universidade de São Paulo, Brasil (2003).

¹⁵ HORN, Paulo. **Jogos de azar [origem da palavra]**. Rio de Janeiro, 25 jul. 2017. Disponível em: <http://origemdapalavra.com.br/palavras/loteria/>. Acesso em: 23 out. 2021.

Um exemplo ajudará a esclarecer essa premissa: uma outra palavra composta por um radical e o mesmo sufixo, como a palavra “livr-aria”, designa o estabelecimento privado que administra a venda de livros. Desta forma, o cidadão não vai àquele lugar comprar a livraria em si. Ele até lá se dirige a fim de comprar o livro que está à venda na livraria, raciocínio que, da mesma forma, leva à conclusão de que loteria designa o lugar do “jogo”, para o qual as pessoas vão fazer uma tentativa de acertar o resultado e obter um prêmio.

Nessa toada, loteria, para os fins desta dissertação e da abordagem nela contida, é o termo que deve ser adotado para designar o órgão público que regulamenta e explora (direta ou indiretamente) as diversas modalidades lotéricas. Quando eu me reportar à atividade lotérica propriamente dita, procurarei utilizar os termos “jogo lotérico” ou “atividade lotérica”.

A Constituição Federal, com a mesma lógica de não confundir local com atividade, trata de temas como a energia elétrica e a água, referindo-se ao produto (energia elétrica e água), mas sem confundi-los com a entidade reguladora, no caso, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e a Agência Nacional das Águas (ANA)¹⁶.

Na linha do mesmo raciocínio acima alinhavado, loteria, do ponto de vista técnico, não é produto, mas a instituição pública responsável por explorar (direta ou indiretamente) a atividade lotérica, limitada em seu respectivo território, federal, estadual ou distrital.

Em outras palavras, quando se quiser fazer referência ao produto propriamente dito, prefere-se utilizar a expressão “atividade lotérica” ou “jogo lotérico”, tendo em vista que, na nossa visão, conforme acima alinhavado, o termo “loteria” diz respeito ao órgão ou entidade pública incumbido de explorar o serviço público.

Sucedo que, em algum momento perdido no turbilhão da história, atribuiu-se à palavra “loteria” a denominação genérica e indistinta de “jogo explorado pelo Poder Público”, o que nada mais é do que uma infeliz figura de linguagem. Neste caso, a marca (da instituição “loteria”) assume a proporção de sinônimo do próprio produto, de tal forma que o legislador adotou indiscriminadamente para designar a atividade/operação, como se infere, por exemplo, do descrito no §2º do art. 51 da Lei de Contravenções Penais¹⁷. Redação que, também, encontra-se no Decreto-Lei nº 6.259 de 1944, *in verbis*:

¹⁶ Art. 22, inc. IV da Constituição Federal.

¹⁷ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.688 de 3 de outubro de 1941**. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 25 out. 2021.

Art. 40. [...]

Parágrafo único. Seja qual for sua denominação e processo de sorteio adotado, considera-se loteria toda operação, jogo ou aposta para obtenção de um prêmio em dinheiro ou bens de outra natureza, mediante colocação de bilhetes, listas, cupões, vales, papéis, manuscritos, sinais, símbolos, ou qualquer outro meio de distribuição dos números e designação dos jogadores ou apostadores.

O texto elaborado pelo legislador se ressentia de boa técnica legislativa, porque confundia conceitos absolutamente distintos. Tomemos apenas, v.g., o excerto de que “[..] considera-se loteria toda operação, jogo ou aposta [...]”. Nesse trecho, vê-se claramente a confusão operada pelo legislador da década de 1940. A “aposta” é simplesmente um dos atos necessários para participar do concurso de prognóstico, o “jogo”, de tal forma que jamais poderiam ter sido confundidos em tal contexto, embora os termos se complementem.

No entanto, a interpretação do Supremo Tribunal Federal se distanciou, a nosso sentir, de uma interpretação mais correta e apropriada, expressada na divergência instaurada por força do voto do Ministro Marco Aurélio Mello, durante o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIN’s)¹⁸ que deflagram a edição da Súmula Vinculante 2¹⁹. Na oportunidade, foi atribuído à palavra sorteio, contida no artigo 22, inciso XX, da Constituição Federal²⁰, o *status* de “gênero”, do qual todas as modalidades seriam meras espécies. Essa hermenêutica, equivocada e fomentadora de um verdadeiro monopólio do ente estatal federal, fez com que se concluísse, também, que só à União caberia legislar sobre “sorteios”, inclusive sobre “loterias”.

Apesar da nulidade do processo administrativo²¹ que deu origem à Súmula Vinculante nº 2 – porquanto deflagrado com fundamento na Lei nº 11.417/2006²², mas

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nºs 3.895, 3.277, 3.147, 3.060, 2.847, 2.690 e outras sobre a mesma temática. Disponíveis em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp/s1=%28LOTERIA+E+CF-1988%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y23kuvro>. Acesso em: 24 out. 2021.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 2**. É inconstitucional a lei ou ato normativo Estadual ou Distrital que disponha sobre o sistema de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1188>. Acesso em 23 out. 2021.

²⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República [atualizada até a EC nº 102/2019]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 23 out. 2021.

²¹ Ação Declaratória de Nulidade da Súmula Vinculante nº 2/STF, proposta pela Associação Brasileira de Loterias Estaduais (ABLE) no ano de 2007.

²² BRASIL. **Lei nº 11.417 de 19 de dezembro de 2006**. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de Súmula Vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato_2004-2006/2006/lei/11417.htm. Acesso em: 28 out. 2021.

com eficácia retroativa ao período inicial anterior à data de entrada em vigor da referida norma -, a palavra “sorteio”, utilizada equivocadamente pelo verbete da aludida Súmula Vinculante, nada mais é que uma dinâmica que serve para obter um resultado aleatório, a partir da escolha de símbolos numéricos ou outros. É uma flexão do verbo “sortear”, sinônimo de “rifa” ou extração”, de modo que “sorteio” – tal qual equivocadamente interpretado pelo STF-, tem natureza de substantivo próprio, designativo do gênero de todos os jogos de azar.

Inclusive, do vocabulário jurídico de Plácido e Silva, tem-se que “[...] ‘sorteio’ é o processo que se determina, pela sorte, o objeto ou a prestação de um contrato aleatório, como jogo ou a loteria [...]”²³. Disso decorre que o jogo lotérico é espécie do gênero sorteios, conceito que merece ser parcialmente refutado porque o jogo lotérico, como vimos, não é espécie de sorteio; o sorteio é uma dinâmica, ou melhor, uma etapa do processo necessário para a obtenção de um resultado adotado por determinado jogo/*gambling*²⁴, explorado, ou não, por uma loteria.

A interpretação que nos soa mais acertada, todavia, é a de que sorteio nada mais é do que um vocábulo que designa uma ação para obter um resultado aleatório, de tal forma que o ato de sortear pode utilizar-se de diversas dinâmicas e ferramentas, como por exemplo:

- a) Um ou mais dados (cubo de seis faces gravadas com números), lançado fisicamente em um tabuleiro ou outra superfície, para obtenção de um resultado aleatório.
- b) Uma esfera (bolinha) lançada na roleta²⁵, para obtenção de um resultado aleatório;

²³ SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

²⁴ Explicação necessária: no Brasil, a palavra “jogo” é utilizada indiscriminadamente, denomina tanto uma partida de futebol como o exercício de apostar no resultado daquela mesma partida. Por este motivo, adotamos o termo “*gambling*” e “*gaming*”, onde o primeiro faz referência a jogos com apostas, concursos e assemelhados, também conhecido no Brasil simplesmente como “jogo de azar”, enquanto o termo “*gaming*” refere-se apenas ao jogo em si, como no exemplo da partida de futebol ou os jogos eletrônicos, *e-gaming*. Neste sentido, “o jogo *online* com apostas em dinheiro – que se define como *gambling*, subdivide-se, essencialmente, em apostas desportivas, pôquer e cassinos virtuais, conf. HUBERT, P. **O problema do jogo**: o tratamento da dependência invisível dos videojogos à mesa de cassino. Lisboa: Plátano Editoria, 2016.

²⁵ Roleta: peça circular, com diversos números ou símbolos, separados de tal forma que após diversos giros, recepta a esfera lançada, chegando-se a um resultado entre tantos.

- c) A extração de uma ou mais esferas (bolas) representativas de um número ou símbolo, dentre tantas que se encontram num globo, cubo ou outro ambiente restrito, para obtenção de um resultado aleatório²⁶;
- d) A retirada de uma carta ou a combinação de várias delas, de acordo com as regras pré-estabelecidas, entre muitas outras do montante, designado neste caso, de baralho, para obtenção de um resultado²⁷;
- e) O sistema randômico, eletrônico, que utiliza de um *software* preparado para essa finalidade, acionado por um toque que provoca um resultado simples ou complexo, demonstrado por números ou figuras individuais ou coletivas, verticais, horizontais ou combinadas.

Por seu turno, a interpretação do Supremo Tribunal Federal quanto à expressão “sorteio”, contida no artigo 22, inciso XX, da Constituição Federal e no enunciado da Súmula Vinculante 2, muito embora equivocada, deve restringir-se ao que se convencionou chamar de “jogos de azar”. Se assim não fosse, até mesmo a norma que trata do sorteio de seus ministros para atuar em determinada causa (distribuição de processos entre os julgadores e seus respectivos órgãos), poderia, em tese, guardar algum vício de constitucionalidade.

Acontece que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF)²⁸, por exemplo, ao tratar da distribuição dos processos, previu, em seu artigo 66, que ela será feita por *sorteio* ou prevenção, mediante sistema informatizado, acionado automaticamente, em cada classe de processo. O sistema informatizado de distribuição é automático, aleatório e público e seus dados são acessíveis aos interessados.

No entanto, para dar praticidade a esta obra, sem embargo de ressalvas pessoais, adotar-se-á a palavra sorteio, em alguns parágrafos, para referir-se ao gênero do qual as modalidades de “jogos de azar” (incluindo as loterias) são espécies no mercado brasileiro.

²⁶ Exemplo clássico da modalidade de jogo conhecido como “bingo”.

²⁷ Neste caso, não concluímos a frase com a palavra aleatório porque há jogos, como o pôquer, que se utiliza de cartas, cuja combinação e regras permitem ao jogador, com conhecimento das variáveis e habilidade mental, interferir significativamente no resultado final da partida. Por isso a doutrina trata o pôquer como *jogo da mente*, *jogo de habilidade*, distinguindo-o de *jogo de azar*.

²⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Regimento interno**.

Isso porque, embora, em regra, entenda-se que a atividade lotérica é jogo de azar (tendo em vista que depende mais da “sorte” do que da “habilidade” do jogador), há quem distinga os produtos ofertados pelas loterias dos conceituados como jogos de azar.²⁹

O termo jogo de azar pressupõe uma contenda entre duas ou mais pessoas e o objetivo de lucro na atividade, ao passo que, no jogo lotérico, uma das partes é o apostador e a outra é o Estado, não se verificando a bilateralidade necessária para tipificar a conduta como contravencional, bem como não há objetivo de lucro privado.

A ideia é a de que, na loteria, o apostador sempre ganha, seja ao receber eventual prêmio pelo acerto na aposta, ou simplesmente pela opção de contribuir com o valor apostado, cujo destino será o financiamento da Seguridade Social, consoante definido no art. 194 da Constituição Federal, podendo ser estendido ao financiamento de políticas pública voltadas ao esporte, à cultura, à segurança pública e outras demandas de responsabilidade da Administração Pública.

Esse resultado positivo da operação lotérica, portanto, é revertido para a coletividade. Existe aquele que recebe o prêmio, é verdade (cujo lucro é tributado nos termos da legislação pertinente), mas existe o ator principal: o verdadeiro beneficiado é a coletividade.

É essa funcionalidade que difere as loterias estaduais da exploração dos chamados *jogos de azar*. Na loteria estadual, sempre haverá a população como beneficiária final, ao passo que no *gambling*, o beneficiado é o agente privado que, simplesmente, se apropria do lucro (como resultado de sua aposta ou do fruto da operação).

Por conseguinte, as loterias são veículos de captação de recursos não tributários em favor da *res publicae*. Esse é mais um ponto de distinção fundamental para compreendermos o conceito de serviço público empregado ao jogo lotérico. É possível também sustentar que elas não são consideradas serviços públicos por simples definição legal (perspectiva formalista), uma vez que assumem função material de provedora de recursos que serão, ao final, revertidos em favor da população³⁰.

²⁹ FERNANDES, Roberto Brasil. **Direito das loterias no Brasil**: conceitos e aspectos jurídicos. Editora Fórum, Belo Horizonte: 2000, p. 23.

³⁰ No mundo, o mercado de loterias movimenta cerca de 260 bilhões de dólares, por ano, em negócios, segundo dados da *World Lottery Association (WLA)*. A entidade, com sede em Basileia (Suíça), representa empresas estatais e privadas de loteria em 80 países. O valor destinado para fins não lucrativos, em benefício da sociedade, somou, no mesmo período, 76 bilhões de dólares. De acordo com aquela entidade, o setor emprega cerca de 112 mil pessoas ao redor do mundo. Os principais mercados globais do produto são Itália, França, Inglaterra e alguns estados norte-americanos, que, inclusive, serviram de referência para estudos do BNDES quando da concessão da LOTEX. Informação disponível em <https://ppi.gov.br/loteria-instantanea-lotex>. Acesso em 12 mar. 2022.

Veja-se, por exemplo, a tradicional Loteria do Estado do Rio de Janeiro que, por força do Decreto-Lei 138/75, tem a seguinte arrecadação da sua destinação:

Art. 14. Os lucros líquidos apurados pela LOTERJ em cada exercício, após descontado o percentual de 30% (trinta por cento) que constituirá Fundo de Reserva da autarquia, serão aplicados nos exercícios subsequentes para fins de assistência hospitalar e escolar, de interesse social, esportivo, educacional e cultural, conforme individuação a ser estabelecida anualmente em ato do Poder Executivo.

Por força de lei, a loteria em tela aplica 70% (setenta por cento) do seu resultado positivo nas atividades elencadas acima, a fim de buscar a materialização do interesse público na exploração da atividade.

Esse fenômeno não é exclusivo do Brasil, vale sublinhar. Em Portugal, por exemplo, as loterias são utilizadas para manutenção das Santas Casas³¹, que, por sua vez, fornecem atendimentos gratuitos de saúde para a população. Nos Estados Unidos da América, como se pode verificar no *website* da Associação Norte-Americana de Loterias Estaduais e Províncias, os recursos também são revertidos em serviços e facilidades para a população em geral.³²

Repisa-se, no entanto, que não se trata de uma concepção unívoca, dependendo muito do “gosto” de quem aborda a temática, de modo que não é tecnicamente errado entender a atividade lotérica como uma espécie de jogo de azar.

2.2 Origem histórica das loterias no Brasil

O jogo lotérico possui uma longa história, remontando à antiguidade.³³ A sua existência está enraizada em muitos países, sendo constante o papel relevante do Estado nesse tipo de jogo.³⁴ Caio Tácito, ao redigir parecer sobre o tema, em época ainda anterior a atual Constituição de 1988³⁵, aduziu:

“O sistema de sorteios lotéricos mergulha em raízes históricas que remontam à tradição romana.

³¹ Sobre o tema, consulte-se: <https://www.jogossantacasa.pt/> .

³² Sobre o tema, consulte-se: <https://www.naspl.org/wherethemoneygoes/> .

³³ GODINHO, Jorge A. F., 2016, p. 23.

³⁴ ROSE, I. Nelson; CHAMPION JR., Walter T., 2018, p. 22.

³⁵ TÁCITO, Caio. **Loterias Estaduais: criação e regime jurídico** (parecer). Revista de Direito Público, n. 77, p. 75-79, jan./mar. 1986.

JOSÉ DUARTE, em seus Comentários à Lei de Contravenções Penais (edição Revista Forense, 1944, p. 511/secs.) documentou a antiguidade do apelo aos jogos da sorte como processo de captação de recursos para o erário.

AUGUSTO criou loterias para o custeio de festas populares e NERO estabeleceu-as em favor do povo. A iniciativa do Estado, nesse sentido, transmitiu-se a Florença, Veneza e Gênova.

Quando as guerras debilitaram o tesouro real da França, FRANCISCO I socorreu-se da loteria como suprimento de recursos financeiros e a prática se sucedeu no tempo, equiparando-se à receita dos impostos.

Em Portugal, de tal modo foi bem-sucedida a primeira loteria instituída em 1783, que, por alvará de 31 de maio de 1800, adotou-se a loteria como fonte de amortização do papel-moeda.

Nos tempos atuais, as loterias públicas assumiram, especialmente, caráter beneficente ou lastrearam serviços de assistência social.

A presença do Estado está nelas sempre presente. Ou porque diretamente as explorem, ou porque as concedam, mediante autorização para serem geridas por particulares.

A Lei de Contravenções Penais reflete esta linha constante nos povos cultos. Prescrevendo, como princípio, a proibição de jogos de azar (artigo 50, § 3º), admite a licitude da exploração de loterias, desde que precedida de autorização legal (art. 51).

Não é somente à autoridade federal que se faculta a competência para diferir os sorteios autorizados, visto que a mesma lei penal conceitua como contravenção o ato de ‘introduzir, para o fim de comércio, bilhete de loteria estadual em território onde não possa legalmente circular’(artigo 53).

Respeitada a regra da territorialidade, a lei penal consagra, lado a lado, a convivência legítima entre loteria federal, do âmbito nacional e loterias estaduais, em área própria do Estado-membro, desde que ambas se convalidem pela autorização legal.

A lei administrativa federal tem, igualmente, regulado, na sucessão do tempo, a disciplina de exploração das loterias.

[...]

Entendida a concessão ou exploração lotérica como uma “derrogação das normas do Direito Penal, que proíbam os jogos de azar”, o art. 3º do citado decreto-lei estipula que tal habilitação “emanará da União, por autorização direta quanto à loteria federal ou mediante decreto de ratificação quanto às loterias estaduais”

O controle federal opera, em suma, sobre os concessionários privados, chamados à exploração do serviço lotérico, seja pela autorização direta, seja pela ratificação da autorização estadual.

A chancela do poder público é requisito essencial de legalidade da atividade privada no setor e a repressão penal incide no tocante a loterias não autorizadas ou ratificadas.

[...]

Nova etapa de codificação do direito sobre loterias se traduz no Decreto-Lei n.º 6.259, de 10 de fevereiro de 1944, que, em suas linhas gerais, guarda o modelo do sistema de lei de 1941.

[...]

Logo, contudo, surgiria um regime especial quando o serviço, ao invés de ser concedido, fosse executado diretamente pelos Estados, ou em regime de autarquia, mediante extração especial para fins de assistência social, hospitalar, educacional e cultural, a cargo do Poder Executivo. Em tais hipóteses a emissão poderia ser elevada a 100.000 bilhetes, ao preço máximo de CR\$ 500,00 (quinhentos cruzeiros). Assim dispôs, em aditamento à lei geral, a disposição especial da Lei n.º 3.346, de 17 de dezembro de 1957.

[...]

Na vigência dessa sucessão de consolidações do direito federal, sobrevive sempre a convivência entre a loteria federal e as loterias estaduais, apenas limitadas estas últimas à circulação restrita aos seus territórios e quando atribuída a exploração a concessionários, ao requisito formal da ratificação pela autoridade federal.

Uma nova fase inaugura, no entanto, com o advento do Decreto-Lei n.º 204, de 27 de fevereiro de 1967 (emitido com o apoio na competência excepcional de legislar sobre matéria administrativa e financeira no recesso do Congresso, ex vi do §2º do artigo 9º do Ato Institucional n.º 4 de 1966).

[...]

Nasce, conseqüentemente, o privilégio exclusivo da União, ou seja, o monopólio de fato com respeito ao serviço público de loterias.

As loterias estaduais existentes em 1967, sobreviveram estagnadas, sem possibilidade de expansão e não se permite a criação de outras.

[...]

Resposta – Independe de aprovação, ou ratificação, por parte de autoridade federal, a fixação do volume de bilhetes a serem emitidos por loteria explorada por Governo estadual, pelos mesmos fundamentos acima enunciados.

A ratificação a que se refere o art. 3º do Decreto-Lei n.º 2.980, de 24 de janeiro de 1941, apenas se compatibilizou com o regime de exploração dos serviços lotéricos, por particulares, sob a forma de concessão.

[...]”.

Fazendo um corte epistemológico, veja-se, portanto, que a atividade lotérica, diferentemente dos demais jogos de azar, é caracterizada pela presença forte do Estado, seja porque o ente público a explora diretamente ou porque concede, mediante algum tipo de autorização jurídica específica (em regra, concessão) à gestão à iniciativa privada. O fato é que a presença do Estado é indispensável, o que não ocorre no cassino, bingos e outras modalidades.

Retornando ao aspecto histórico, as loterias criadas por lei e administradas pelo Poder Público existem no Brasil desde, pelo menos, o ano de 1784. Naquele ano foi instituída, no Município de Vila Rica, Estado de Minas Gerais, a loteria que disponibilizou uma espécie de aposta, em uma modalidade de sorteio, para angariar recursos com a finalidade de construir o prédio da Câmara e da Cadeia Pública³⁶.

A loteria estadual mais antiga do Brasil pode ser considerada a do Estado Rio Grande do Sul³⁷, instituída por lei no ano de 1843, para gerar recursos e financiar o hospital do exército³⁸.

Em suma, neste contexto histórico, o serviço público lotérico é regularmente executado desde a época do Brasil Colônia e Império, como Província³⁹, adentrando-se à República, quando, em 1932⁴⁰, passam a ser consideradas como serviço público as loterias concedidas pela União e pelos Estados.

Segundo a literatura especializada, a União teria criado, somente no ano seguinte à primeira loteria estadual (ou seja, em 1844), a sua primeira loteria, e então regulamentado as loterias estaduais (na época, respectivamente, denominadas Loteria da Corte e Loterias das Províncias). Ao ser sancionado pelo Imperador D. Pedro II, o Decreto nº 357, de 27 de abril de 1844, regulamentou a “extracção” (exploração) a ser feita pela Corte e pelas Províncias e criou a figura do concessionário da loteria:

Regulando a extracção das Loterias em todo o Imperio. Attendendo aos inconvenientes, e queixas, que se tem manifestado contra a maneira, por que em alguns pontos do Imperio se extrahem as Loterias concedidas pelas Leis Geraes, e Provincias; e á necessidade de regular por hum maneira uniforme a extracção das mesmas Loterias em todo o Imperio, a fim de não se desacreditar esse meio de favorecer os estabelecimentos uteis com augmento da Renda Publica: Hei por bem, depois de ter Ouvido o Conselho d'Estado, Mandar que se execute o seguinte Regulamento.

CAPITULO I

Dos Encarregados da extracção das Loterias

³⁶ Cf. BNL. **Notícia**. 14 de set. 2012. Disponível em: <http://www.bnldata.com.br/blogPost.aspx?cod=19251>. Acesso em: 26 out. 2021.

³⁷ Comentário necessário: muito embora, naquela ocasião, o Rio Grande do Sul fosse, em tese, uma República (não reconhecida), e não um Estado Federado.

³⁸ Informação disponível em: https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/economia/2021/10/817632-decreto-do-governo-gaucha-reativa-loterias-mais-antiga-loteria-do-brasil.html#:~:text=Criada%20em%201843%20por%20Bento,militares%20em%20tempos%20de%20guerra. Acesso em: 18 nov. 2021.

³⁹ HORN, Paulo. **Loterias estaduais podem explorar concursos de prognósticos**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5178, 4 set. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/pareceres/60206>. Acesso em: 22 nov. 2021.

⁴⁰ *Ibidem*.

Art. 1º A' extracção das Loterias presidirá a Autoridade Judiciaria, ou Policial, que o Governo na Côrte, e os Presidentes nas Províncias designarem; sendo seus substitutos, no caso de impedimento, aquelles, que legitimamente o deverem ser.

Art. 2º Haverá hum Thesoureiro, que será proposto pelo Concessionario da Loteria, ou Loterias, na Côrte ao Ministro e Secretario d'Estado dos Negocios da Fazenda, e nas Províncias aos respectivos Presidentes.⁴¹

Infere-se, portanto, que desde o longínquo início da atividade lotérica no Brasil, não só as loterias estaduais sempre existiram, como também podiam ser concedidas à exploração da iniciativa privada, sendo, inclusive, mais comum que assim fosse, sem esquecer o importante papel do Estado na fiscalização e regulação.

Há registro de diversos empreendedores privados que, com autorização da União (da Corte, antes da Proclamação da República, no ano de 1889), ou dos Estados (Províncias, antes de 1899 e unidades federativas após aquele ato), exploravam modalidades lotéricas no Brasil⁴².

Essa informação é importante para que não se entenda, equivocadamente, que a concessão da atividade lotérica à iniciativa privada é algo recente. Pelo contrário, tradicionalmente, o papel do Estado em relação à esta modalidade de jogo sempre foi, notadamente, o de agente regulador.

Ainda a título de contextualização histórica, achou-se relevante resgatar as loterias estaduais criadas no Brasil após a Proclamação da República, fazendo-se remissão, sempre que possível, aos diplomas legislativos que as instituíram.

Compulsando-se os arquivos legislativos⁴³, denota-se que, após a Proclamação da República Federativa do Brasil, alguns estados criaram suas loterias, notadamente, antes do ano de 1967⁴⁴, conforme legislação estadual abaixo indicada:

Estado	Norma
--------	-------

⁴¹ BRASIL. **Decreto nº 357, de 27 de abril de 1844**. Acesso em: 26 out. 2021.

⁴² APARECIDA, Regiane. **História das Loterias no Brasil**. Infoescola. Disponível em: <https://www.infoescola.com/historia/historia-das-loterias-no-brasil/>. Acesso em 26 out. 2021.

⁴³ STF – ADIN's em face das leis estaduais que tratavam das Loterias estaduais que autorizavam a exploração de modalidades não legalizadas por lei federal.

⁴⁴ Ano em que foi publicado, com fundamento no Ato Institucional nº 4, do governo/ditadura militar, o **Decreto-Lei nº 204 de 27 de fevereiro de 1967**, o qual dispõe sobre a exploração de loterias e dá outras providências. [Sic].

Acre	Lei Estadual nº 41/1965 ⁴⁵
Amazonas	Lei Ordinária nº 119/1955 ⁴⁶
Bahia	Lei Ordinária nº 1.951/1963 ⁴⁷
Ceará	Lei Estadual nº 52/1947 ⁴⁸
Espírito Santo	Lei Ordinária nº 1.928/1964 ⁴⁹
Goiás	Lei Estadual nº 566/1951 ⁵⁰
Maranhão	Lei Ordinária nº 2.327/1963 ⁵¹
Mato Grosso	Lei Ordinária nº 363/1953 ⁵²
Minas Gerais	Decreto-Lei nº 165/1939 ⁵³
Pará	Decreto-Lei nº 5.148 de 1946 ⁵⁴
Paraíba	Lei Estadual nº 1.192/1955 ⁵⁵

⁴⁵ ACRE. **Lei nº 41, de 18 de novembro de 1965.** Cria o Serviço de Loteria do Estado do Acre e dá outras providências. Assembleia Legislativa do Estado do Acre. Disponível em: <http://www.al.ac.leg.br/leis/wp-content/uploads/2014/08/Lei41.pdf>. Acesso em 26 out. 2021.

⁴⁶ AMAZONAS. **Lei nº 119 de 30 de dezembro de 1955.** Disponível em https://sapl.al.am.leg.br/media/sapl/public/normajuridica/2003/7268/72688_texto_integral.pdf [O site do Governo do Amazonas mantém publicada a Lei nº 2.813 de 18 de julho de 2003, em cujo texto encontramos a referência à Lei nº 119 do ano de 1955]. Acesso em 24 out. 2021.

⁴⁷ BAHIA. **Lei nº 1.951 de 16 de setembro de 1963.** Lei Estaduais da Bahia. Disponível em: <http://leisestaduais.com.br/ba/lei-ordinaria-n-1951-1963-bahia-dispoe-sobre-a-loteria-estadual-da-bahia-e-da-outras-providencias>. Acesso em 25 out. 2021.

⁴⁸ CEARÁ. **Lei nº 52 de 7 de novembro de 1947.** Disponível em: http://www.lotece.com.br/v2/?page_id=2. Acesso em: 25 out. 2021.

⁴⁹ ESPÍRITO SANTO. **Lei nº 1.928 de 2 de janeiro de 1964.** Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo. Disponível em <http://www3.al.es.gov.br/legislacao/norma.aspx?id=6802&termo=loteria>. Acesso em: 26 out. 2021.

⁵⁰ GOIÁS. **Lei nº 566 de 13 de novembro de 1951.** Cria o serviço de Loteria do Estado do Goiás e dá outras providências. Assembleia Legislativa do Estado de Goiás. Disponível em: <https://portal.al.go.leg.br>. Acesso em 25 out. 2021.

⁵¹ MARANHÃO. **Lei nº 2327/1963.** Assembleia Legislativa do Estado do Maranhão. Disponível em: http://arquivos.al.ma.leg.br:8080/gedlegislacaoqLei_2370. Acesso em 25 out. 2021.

⁵² MATO GROSSO. **Lei nº 363 de 28 de dezembro de 1953.** Institui o serviço de Loteria do Estado de Mato Grosso. Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso. Disponível em <https://www.al.mt.gov.br/legislacao/169291/visualiza>. Acesso em 25 out. 2020.

⁵³ MINAS GERAIS. **Decreto-Lei nº 165 de 10 de janeiro de 1939.** Instituiu a Loteria do Estado de Minas Gerais. Loteria Mineira. Disponível em <http://www.loteriademinas.com.br/images/stories/dmdocuments/procedimento%20manifestacao.pdf>. Acesso em: 25 out. 2021.

⁵⁴ PARÁ. **Decreto-Lei nº 5.148, de 23 de agosto de 1946.** [A Loteria do Estado do Pará – Lotepa foi integrada à Administração Pública e transformada em autarquia estadual, por meio da Lei Estadual nº 4.603, de 11 de dezembro de 1975. A norma faz referência à data de criação da Loteria, quando aquele território ainda era uma Província da Corte, anos antes da Proclamação da República do Brasil, denominado Grão Pará, registrado na Lei da Província do Grão Pará nº 289/1856]. Banco de Leis. Disponível em: http://bancodelis.alepa.pa.gov.br:8080/arquivos/lei_4603_1975_12117.pdf. e <http://bnldata.com.br/loteria-do-para-a-segunda-loteria-estadual-mais-antiga-do->. Acesso em: 27 out. 2021.

⁵⁵ PARAÍBA. **Lei nº 1.192, de 2 de abril de 1955.** Lotep. Disponível em: <http://lotep.pb.gov.br/menu-principal/institucional>. Acesso em: 26 out. 2021.

Paraná	Lei Estadual nº 2.964/1956 ⁵⁶
Pernambuco	Lei estadual nº 73/1947 ⁵⁷
Piauí	Lei Estadual nº 1.825/1947 ⁵⁸
Rio de Janeiro	Decreto-Lei nº 138/1975 ⁵⁹
Rio Grande do Norte	Lei Estadual nº 8.118/02 ⁶⁰
Rio Grande do Sul	Decreto-Lei nº 1.350/1947 ⁶¹
Rondônia	Lei Ordinária nº 121/1986 ⁶²
Roraima	*63
Santa Catarina	Lei estadual nº 3.812/1966 ⁶⁴
São Paulo	Decreto nº 10.120/1939 ⁶⁵
Sergipe	Lei Ordinária nº 1.387/1966 ⁶⁶

⁵⁶ PARANÁ. **Lei nº 2.964/1956**. Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. Disponível em: <http://portal.assembleia.pr.leg.br/indez.php/pesquisa-legislativa/proposicao>. Acesso em: 26 out. 2021.

⁵⁷ PERNAMBUCO. **Lei nº 73 de 22 de dezembro de 1947**. Informação obtida em: BRASIL, STF. Reclamação nº 5716. Relator: ministro celso de Mello. Voto pela concessão da liminar requerida, aos 23/03/2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2582329>. Acesso em: 23 out. 2021.

⁵⁸ PIAUÍ. **Lei nº 1.825/1947** apud BRASIL. Supremo Tribunal federal. ADI nº 3147. Relator: Min. Ayres Brito. Acesso em 23 out. 2021.

⁵⁹ RIO DE JANEIRO. **Decreto-Lei nº 138 de 23 de junho de 1975**. Dispõe sobre a loteria do Estado do Rio de Janeiro – LOTERJ [Sucessora da loteria do estado da Guanabara de 1940]. Disponível em www.multirio.gov.br.

⁶⁰ RIO GRANDE DO NORTE. **Lei nº 8.118, de 27 de maio de 2002**. Institui a Loteria do Estado do Rio Grande do Norte e dá outras providências. Apud Brasil, Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2.690, julgada procedente, declarando inconstitucional referida norma estadual. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2031932>. Acesso em 26 out. 2021.

⁶¹ RIO GRANDE DO SUL. **Decreto-Lei nº 1.350 de 1947**. Disponível em <https://www.fazenda.rs.gov.br/conteudo/1404/lotergs-na-internet>. Acesso em 25 out. 2021. [A Loteria do Rio Grande do Sul teria sido criada em 28 de fevereiro de 1843 pelo Decreto do Presidente Constitucional da República Rio-Grandense, General Bento Gonçalves da Silva, portanto, na condição, em tese, de uma República independente do Brasil, sendo assim adotada neste livro como a Loteria mais antiga do atual território brasileiro. Registra-se ainda que, no ano de 1947 foi publicado o Decreto-lei nº 1.350, na condição de norma estadual instituidora da Loteria estadual do Rio Grande do Sul].

⁶² RONDÔNIA. **Lei nº 121 de 21 de julho de 1986**. Autoriza o Poder Executivo a criar a Loteria estadual de Rondônia. Assembleia Legislativa de Rondônia. Disponível em: <https://sapl.al.ro.leg.br/norma/pesquisar>. Acesso em 26 out. 2021.

⁶³ A pesquisa não encontrou referência sobre eventual lei estadual ou do território que dispusesse sobre loteria naquele ente federado.

⁶⁴ SANTA CATARINA. **Lei nº 3.812 de 3 de março de 1966**. Cria a Superintendência Lotérica do Estado de Santa Catarina – LOTESC e dá outras providências. Disponível em: <http://leis.alesc.sc.gov.br/html/1966/3812/1966/lei.html>. Acesso em: 26 out. 2021.

⁶⁵ SÃO PAULO. **Decreto nº 10.120 de 14 de abril de 1939**. Dispõe sobre o serviço de loterias do Estado. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/norma/125455>. Acesso em 26 out. 2021.

⁶⁶ SERGIPE. **Lei nº 1.387 de 27 de maio de 1966**. Cria Loteria e dá outras providências. Assembleia Legislativa do Sergipe. Disponível em: <https://al.se.leg.br/Legislacao/Ordinaria/1966/O13871966.pdf>. Acesso em 26 out. 2021.

Tocantins	Lei Ordinária nº 066/1989 ⁶⁷
-----------	---

A importância econômica e social das loterias estaduais no Brasil ao longo da história é facilmente verificável e verificada, convivendo desde a sua criação, ou pelo menos desde o ano de 1844, com a loteria da União (e da Corte com as Províncias), cujos objetivos foram e são sempre baseados em políticas públicas voltadas ao bem comum.

Importante reforçar que, desde o século XIX, há uma convivência pacífica entre loterias do governo central e as loterias dos estados, situação que sofre forte modificação no regime ditatorial de 1967 (cujos dispositivos foram confirmados como não recebidos pela Corte Constitucional em 2020) e, mais recentemente, após 2007, já em pleno regime republicano e federalista, pela União Federal, quando passou a perseguir as loterias estaduais ainda existentes. Essa situação tende à pacificação à medida em que os Estados e o Distrito Federal executem seus serviços com responsabilidade e alinhamento com a decisão daquela Corte.

Para dar continuidade à matéria proposta neste estudo, há necessidade de estabelecer-se, concretamente, mais alguns conceitos que pertinentes e fundamentais para a compreensão da dinâmica das loterias. Veja-se.

2.3 Mais alguns conceitos elementares: aposta, concurso de prognósticos e prêmio

Na loteria haverá, em regra, concursos de prognósticos, cujo resultado aleatório e controlado mediante regras predefinidas serve para identificar a (s) aposta (s) vencedora (s). Esta, por sua vez, pode ser considerada como o ato de escolher uma ou mais opções (números, figuras diversas, sequências de coisas, cores, bichos, flores, sons, imagens etc.), que se encontram entre tantas outras, ou, no resultado de uma competição, entre eles mesmos ou disputada por terceiros, bem como no resultado de qualquer evento futuro ou incerto.

Apostar nada mais é do que um verbo, que designa o ato de escolha de algo posto ao lado/em cima/embaixo/antes/após, oculto ou não, palpável ou não de outras coisas ou alternativas, ou no resultado que ele mesmo produzir (neste último caso, designado como jogo de habilidade).

⁶⁷ TOCANTINS. **Lei nº 66 de 25 de julho de 1989**. Cria a Superintendência Lotérica do estado do Tocantins – LOTINS e dá outras providências. Disponível em: <https://www.al.to.leg.br/arquivos/6326.df>. Acesso em 24 out. 2021.

Para apostar, afigura-se evidente que sempre há possibilidade de escolha, de forma que sempre haverá mais de uma alternativa, e elas podem ser individuais ou coletivas, conforme a regra pré-estabelecida. Ainda sobre as apostas, pode-se dividi-la em três tipos:

- a) Apostar em um resultado futuro aleatório, ou seja, apostar no próprio palpite (ex.: roleta e dados) sem que o apostador tenha a mínima interferência no resultado apresentado;
- b) Apostar em um resultado futuro do qual o próprio apostador pode, em tese, interferir no resultado, ou seja, apostar no resultado obtido em razão da própria habilidade (ex.: xadrez, pôquer, dama);
- c) Apostar num resultado futuro obtido pelo confronto entre duas ou mais partes, equipes ou individuais, ou seja, apostar no jogo, na competição travada por outros e que depende da habilidade, aqui compreendida como o emprego da força, destreza e/ou inteligência dos outros (ex.: apostas em eventos esportivos, apostas no resultado de corrida de cavalo, apostas no resultado das lutas marciais, apostas em competições de *games* ou *e-sports*⁶⁸ etc.).

Então, pode-se concluir que a aposta “é o meio pelo qual se assegura a isonomia entre os competidores, pois todos eles desconhecem o resultado que será realizado no futuro”.⁶⁹

No que tange ao “concurso de prognósticos”, a palavra “concurso”, adotada no texto do artigo 195, inc. III, da Constituição Federal, juntamente com a preposição “de” e o adjetivo “prognósticos” - termo que pode significar um substantivo ou um adjetivo, mas neste caso se trata de um adjetivo -, designa o evento em que se pode concorrer ou participar de uma competição cujo prêmio ou expectativa de um resultado futuro depende da conquista ou escolha/aposta feita pelo participante.

Na linguagem jurídica, tem-se que o concurso “indica o ato de concorrer; participação de várias pessoas num dado ato, visando à consecução do mesmo objetivo ou fim; disputa; concorrência; certame”.⁷⁰ No caso de tratar-se de “concurso de

⁶⁸ Refiro-me ao *e-sport* como “fenômeno mundial que vem ganhando cada vez mais fãs, principalmente jovens. Sua popularidade aumentou devido ao lançamento do *game* para PC *League of Legends*, que reúne milhares de pessoas em ginásios para assistirem às competições.

⁶⁹ A título de curiosidade: há jogos que envolvem aposta e habilidade de quem aposta, como o pôquer, por exemplo. Porém, tal tema não é objeto do atual estudo.

⁷⁰ CONCURSO in DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. v.1. Saraiva, 2005, p. 894.

prognóstico numérico”, teremos uma competição com resultado futuro e aleatório, em que o apostador premiado tenha escolhido o número ou sequência de números que, segundo as regras do “concurso”, é considerada ganhadora.

O “prêmio”, por sua vez, é o bem pretendido por quem faz a aposta e participa de alguma forma da disputa. Também compreendido como a recompensa daquele que tenha feito a escolha acertada, cujo resultado pode ser obtido através de um sorteio ou da habilidade dos participantes.

Apenas por registro, não é despidendo lembrar que recentemente o legislador brasileiro havia considerado que os *prêmios* poderiam ser distribuídos por meio de “sorteios”, vale-brindes, concursos ou operações assemelhadas”, conforme dispunha o artigo 84-B, inc. III, da Lei nº 13.019/2014, na redação incluída pela Lei nº 13.204/2015⁷¹.

No entanto, no dia 21/7/2020 foi publicada a Lei nº 14.027/2020, que trata das regras para distribuição gratuita de prêmios por Organizações da Sociedade Civil - OSCs, as quais compõem o chamado Terceiro Setor. As OSCs são entidades privadas que atuam em áreas de interesse social, sem finalidade lucrativa. Para manter a execução dessas ações, que são realizadas em campos como assistência social, saúde, cultura e educação, é muito comum que as organizações arrecadem recursos por meio de sorteios de brindes, rifas e iniciativas semelhantes⁷².

Por se tratar de uma situação bastante comum entre as OSCs e por ser notório que a arrecadação dos valores é aplicada em projetos sociais, a Lei nº 13.204/2015 havia previsto que as organizações poderiam “distribuir ou prometer distribuir prêmios, mediante sorteios, vale-brindes, concursos ou operações assemelhadas, com o intuito de arrecadar recursos adicionais destinados à sua manutenção ou custeio”, sem que, para isso, fosse necessário algum tipo de certificação.

⁷¹ Antes de ser revogado, o dispositivo continha a seguinte redação: Art. 84-B. As organizações da sociedade civil farão jus aos seguintes benefícios, independentemente de certificação:

[...]

III - distribuir ou prometer distribuir prêmios, mediante sorteios, vale-brindes, concursos ou operações assemelhadas, com o intuito de arrecadar recursos adicionais destinados à sua manutenção ou custeio. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015).

⁷² O dinheiro obtido é revertido para as atividades de interesse social, que geram alto impacto em prol da população. Pesquisa realizada pelo Fórum Nacional das Instituições Filantrópicas (FONIF) apurou que, a cada R\$1,00 disponibilizado para essas instituições, é entregue em média para a população o equivalente a R\$7,39 em serviços de relevância social prestados pelo Terceiro Setor¹. Logo, as OSCs disponibilizam para a sociedade um valor muito superior ao montante nominal dos recursos que gerenciam.

Ocorre que essa redação era fonte de dúvidas, porque não deixava claro se isso significaria então uma dispensa de todas as regras previstas na Lei nº 5.768/71, que determina a necessidade de autorização prévia por parte do Ministério da Fazenda/Economia para que um particular possa realizar sorteios com prêmios. Essa norma exige, além de um complexo procedimento de liberação junto ao Poder Público, o pagamento pelo requerente de uma "taxa de distribuição de prêmios", no montante de 10% (dez por cento) do valor total da promoção.

Diante disso, em 2020 foi feita uma proposta legislativa, por meio do projeto de lei de conversão 16/20, relativo à Medida Provisória nº 923/20. No caso, o Congresso Nacional sugeriu explicitar que a realização de sorteios pelas OSCs dependeria de autorização prévia, nos moldes do art. 1º da Lei nº 5.768/71⁷³, caso a distribuição gratuita de prêmios fosse superior a R\$10.000,00 (dez mil reais) ao mês. Abaixo disso, não haveria necessidade do procedimento, o que certamente traria mais segurança jurídica às milhares de entidades que realizam esse tipo de arrecadação em todo o Brasil, para ajudar a manutenção das suas atividades em prol da população. E essa proposta ainda tinha o mérito de, ao prever um limite para a dispensa das exigências, evitar o surgimento de OSCs de fachada que tivessem como função apenas conferir uma aparente legalidade à exploração de jogos de azar com premiações.

Porém, de forma surpreendente, o Executivo Federal vetou a dispensa do procedimento de autorização prévia para distribuição de prêmios de menor valor. A justificativa exarada na exposição de motivos para o veto foi, nos dizeres da Presidência da República, que "a permissão conferida pelos dispositivos, sem a previsão de autorização prévia do poder público, inviabiliza a demanda fiscalizatória que garante mecanismos de controle do Estado, principalmente, no que tange à lavagem de dinheiro, à sonegação fiscal e à adoção de práticas de proteção"⁷⁴. Entretanto, isso é um equívoco, que desconsidera não só os benefícios da atuação do Terceiro Setor, como também os princípios da eficiência e da economicidade⁷⁵, contradizendo até mesmo regras há muito

⁷³ Art. 1º da Lei nº 5.768/71. BRASIL. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. A distribuição gratuita de prêmios a título de propaganda quando efetuada mediante sorteio, vale-brinde, concurso ou operação assemelhada, dependerá de prévia autorização do Ministério da Fazenda, nos termos desta lei e de seu regulamento.

⁷⁴ Conforme Mensagem nº 402, de 20 de julho de 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Msg/VEP/VEP-402.htm. Acesso em 07 fev. 2022.

⁷⁵ Ao conceituar o princípio da economicidade, Bruno (2008, p.69) relaciona-o com a “[...] análise da relação custo-benefício que assegure não haver desperdício de recursos públicos, verificação que deve dar-se na observação da conformidade e do desempenho da opção realizada pelo agente em relação aos

consolidadas no próprio Poder Executivo Federal a respeito de situações cujo custo de controle não se justifica.

Embora não haja um conceito unívoco, cediço que o princípio da eficiência⁷⁶ é entendido como a busca pela forma de atuação que gere o melhor resultado, ao passo que a economicidade foca em análises de custo-benefício, de modo que um ato cujo custo supere os ganhos sequer deve ser realizado. Esses postulados estão expressamente previstos em várias normas referentes ao Poder Público e ao Terceiro Setor, como os artigos 37 e 70 da Constituição da República, bem como o Decreto-Lei 4.657/42 e as Leis nº 9.637/98, 9.790/99, 13.019/14 e 13.874/19, por exemplo. Desta feita, considerando tais premissas (que devem ser aplicadas pela Administração Pública), é fácil perceber que submeter as OSCs à obrigação de autorização prévia para realização de sorteios, independente do seu valor, não é econômico e tampouco eficiente.

Aliás, não se descure que o Governo Federal já havia entendido que não justifica a atuação da máquina pública em casos que envolvam questões de menor valor, sobretudo porque, repisa-se, o próprio custo da fiscalização nesses casos é maior do que eventual benefício ao interesse social que possa decorrer desse tipo de controle. Considerando a justificativa dada pelo Executivo Federal para vetar a dispensa de autorização prévia para sorteios de valor inferior a R\$10.000,00, é importante então examinar a forma de atuação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), órgão responsável pelo combate à lavagem de dinheiro.

Nesse sentido, é curioso notar que o próprio Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF dispensa qualquer controle sobre operações em espécie ou envolvendo bens cujo valor seja inferior a R\$10.000,000 (dez mil reais)⁷⁷. Ou seja: ao contrário do que consta na justificativa de veto, o próprio órgão público de controle e repressão à lavagem de dinheiro não atua nos casos que o Executivo alegou precisarem ser objeto de fiscalização.

resultados efetivamente obtidos com a ação administrativa". In BRUNO, Reinaldo Moreira. Direito administrativo didático. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

⁷⁶ Rafael Oliveira, ao ponderar sobre o princípio da eficiência, aduz: "no âmbito da 'Administração de Resultados', a interpretação e a aplicação do Direito não podem se afastar das consequências (jurídicas e extrajurídicas) geradas pelas escolhas efetivadas pelas autoridades estatais. Sem deixar de lado a importância de certas formalidades, estritamente necessárias à formação legítima da vontade estatal, o Direito passa a se preocupar de maneira preponderante com a efetividade dos direitos fundamentais (legalidade finalística)". In: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2020.

⁷⁷ Art 10- II – pagamento de prêmio, por meio de cheque emitido ao portador, de valor igual ou superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), qualquer que seja a modalidade de jogo. COAF - Resolução Nº 22/2013.

Na mesma linha, a Portaria nº 349/2018, da Advocacia-Geral da União (AGU), dispensa o ajuizamento de ações ou outros procedimentos quando o crédito discutido seja igual ou inferior a R\$10.000,00 (dez mil reais), salvo nos casos de multas. Essas normativas da AGU e do Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF deixam bastante claro que já foram feitas análises, dentro do próprio Governo Federal, que concluíram ser antieconômico estabelecer regras de controle e fiscalização em casos de menor valor. O dispositivo da Lei nº 14.027/20 que foi vetado seguia exatamente as mesmas premissas, logo, é incoerente alegar que o veto seria necessário por razões de combate à lavagem de dinheiro ou à sonegação fiscal, ao contrário das justificativas apresentadas pelo Governo Federal.

Do ponto de vista da eficiência, a conclusão também é pelo equívoco do veto. Como indicado pela pesquisa do Fórum Nacional das Instituições Filantrópicas - FONIF, o Terceiro Setor promove um efeito multiplicador sobre os recursos que arrecadam, entregando à sociedade um valor muito maior na forma de serviços de interesse público. Mantido o veto, de modo a exigir que qualquer ação de captação de recursos para as OSCs por meio da realização de sorteios e ações similares dependa de autorização prévia, no mínimo haverá custos que a entidade deverá suportar para conduzir o procedimento e quitar as taxas exigidas pela Lei nº 5.768/71. E, logicamente, os valores gastos com isso não poderão ser aplicados nas atividades de interesse social, diminuindo seu impacto e prejudicando a população.

Assim, fica bastante claro que o veto é extremamente prejudicial ao Terceiro Setor e ao público que é atendido pelas ações executadas pelas OSCs, além de ser ineficaz em relação aos objetivos que foram alegados para barrar a regra da dispensa de autorização prévia nos casos de menor valor. Logo, é muito importante que o veto seja derrubado pelo Congresso, sobretudo porque a Lei nº 5.768/71 não deu margem para a regulamentação (que ainda será editada) resolver o problema que foi criado, uma vez que a ela caberá apenas "tratar da limitação do número de sorteios e da aplicação de taxa de fiscalização das operações promovidas por organizações da sociedade civil".

Superada essa etapa, resta conceituar o termo “loteria” que, na linha do que já expus nesta obra anteriormente, entendo ser a instituição pública da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, que institui e explora, direta ou indiretamente, os

concursos de prognósticos legalizados por legislação federal⁷⁸, conforme prevê a Carta Constitucional. Esta matéria será melhor abordada no capítulo 2.

Sobre a natureza jurídica da atividade lotérica, inicialmente reputa-se oportuno resgatar a história legislativa da exploração das atividades lotéricas no ordenamento pátrio. A primeira legislação que consolidou o regime jurídico das loterias em âmbito nacional, o Decreto nº 21.143, de 10 de março de 1932, assentou que “são consideradas como serviço público as loterias concedidas pela União e pelos Estados”. Referido dispositivo previa, portanto, não só a natureza de serviço público dessas atividades, mas também a possibilidade de exploração tanto no plano federal quanto no plano estadual.

Destaca-se que, desde essa primeira legislação geral, a exploração material da atividade pelos Estados era compatibilizada com uma moldura jurídica nacional que fixava os elementos essenciais da exploração do serviço. O diploma, nesse aspecto, definia que:

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 interpelação⁷⁹.

Em 1941 uma nova reforma na legislação foi realizada com a edição do Decreto-Lei nº 2.980, de 24 de janeiro de 1941. O diploma manteve inalterado o enquadramento do serviço de loteria como serviço público, atribuído tanto à execução da União quanto dos Estados. A novidade, no entanto, foi a expressa autorização da exploração indireta, prevendo-se que “os governos da União e dos Estados poderão atribuir a exploração do serviço de loteria a concessionários de comprovada idoneidade moral e financeira” (art. 2º).

É curioso notar que, no mesmo ano dessa reforma que possibilitou a exploração de loterias pelo regime de concessão, foi editada a Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941). Esse diploma, ainda vigente, definia como contravenção o ato de “promover ou fazer extrair loteria, sem autorização legal”. (art. 51).

Ainda na década de 1940, uma nova legislação harmonizou o regime jurídico da exploração das loterias com o sistema repressivo-penal. O Decreto nº 6.259, de 10 de fevereiro de 1944, com redação posteriormente dada pela Lei nº 3.346, de 17.12.1957,

⁷⁸ A referência à legislação federal, como paradigma das loterias estaduais quanto às modalidades, é adotada em respeito ao enunciado da Súmula Vinculante nº 2.

⁷⁹ Artigo 18 do Decreto nº 21.143, de 10 de março de 1932.

passou a vincular a derrogação penal à autorização direta da União ou, no caso dos Estados, à expedição de um decreto de ratificação (art. 3º).

Esse delineamento geral da exploração de loterias pelo Estado e pela União foi apenas parcialmente alterado em 1961 quando a União, por força do Decreto 50.954, de 1º de julho, optou por assumir diretamente a exploração da loteria federal, extinguindo a modalidade de concessão. O serviço passou, então, a ser desempenhado pelo Conselho Superior das Caixas Econômicas, em colaboração com as Caixas Econômicas Federais, por intermédio da Administração do Serviço da Loteria Federal (arts. 2º e 3º).

O Decreto-Lei 204/1967, editado sob a égide do Ato Institucional 4, em pleno regime ditatorial-militar, representou verdadeira reversão do percurso histórico ao fixar, no seu art. 1º que “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”.

É oportuno observar que o próprio Decreto-Lei 204/1967 manteve vigente o diploma legal anterior, o Decreto-Lei 6.259/1944, naquilo que não lhe fosse contraditório, quanto às loterias estaduais já criadas. Ou seja, o diploma previu verdadeira norma de transição para manter as loterias estaduais já existentes, sem revogar *in totum* a legislação pretérita. Veja-se:

Art 32. Mantida a situação atual, na forma do disposto no presente Decreto-lei, não mais será permitida a criação de loterias estaduais. (Vide ADPF 492) (Vide ADPF 493)

§ 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.

§ 2º A soma das despesas administrativas de execução de todos os serviços de cada loteria estadual não poderá ultrapassar de 5% da receita bruta dos planos executados. (Vide ADPF 492) (Vide ADPF 493)

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.

Essa breve retomada histórica permite-nos observar que, desde a primeira consolidação legislativa federal sobre a matéria, sempre foi aceita juridicamente a convivência legal da exploração das loterias pela União e pelos Estados. É o que, inclusive, assevera Caio Tácito em parecer sobre a matéria:

Na vigência dessas sucessivas consolidações do direito federal, sobrevive sempre o princípio da convivência entre a loteria federal e as loterias estaduais, apenas prescritos, quanto a estas, a limitação da eficácia ao seu território e o requisito formal de ratificação, pela autoridade federal, em face do regime de exploração por concessionários⁸⁰.

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.

Percebe-se assim que, durante mais de trinta anos, ainda que a União tenha assumido a edição de leis gerais sobre o tema, a legislação federal não se furtou a reconhecer a competência material dos Estados de explorar o serviço público, o que só aconteceu com o Decreto-Lei nº 200/1967.

O ponto nevrálgico da matéria repousa em saber se estava ao alcance do legislador ordinário – ainda que inexistente previsão constitucional nesse sentido, reverter a tradição de exploração concomitante federal e estadual dos serviços de loteria. O exame dessa questão, contudo, perpassa invariavelmente pelo desvendamento da natureza jurídica da exploração da atividade lotérica.

Os embates sobre a natureza jurídica das atividades lotéricas são tradicionalmente explorados na doutrina e na jurisprudência pátria a partir da dicotomia tradicional do Direito Econômico, que segrega o regime das chamadas atividades econômicas em sentido estrito daquele atribuído aos denominados serviços públicos.

Renomados publicistas brasileiros como Themístocles Brandão Cavalcanti⁸¹, Geraldo Ataliba⁸², Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁸³ e Luís Roberto Barroso⁸⁴ há décadas insistem no enquadramento da atividade lotérica como serviço público em sentido formal.

Como se sabe, há poucos embates doutrinários mais tortuosos no Direito Público do que o de delimitar com precisão o conceito de serviço público. O ceticismo em relação à simples possibilidade de se chegar a uma conceituação é o que faz a doutrina preferir

⁸⁰ TÁCITO, Caio. **Loterias Estaduais**: criação e regime jurídico (parecer). Revista de Direito Público, n. 77, p. 75-79, jan./mar. 1986.

⁸¹ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 59.

⁸² ATALIBA, Geraldo. **Possibilidade jurídica da exploração de loterias pelos Estados federados**. Revista de Direito Público, 78, 1985, p. 83.

⁸³ Conforme parecer expedido pelo próprio Diogo de Figueiredo Moreira Neto quando Procurador do Estado do Rio de Janeiro, disponível em <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=ODIXMQ%2C%2C>. Acesso em 01/01/2023.

⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. Loteria — Competência estadual — Bingo. Revista de Direito Administrativo, v. 220, n. 0, p. 262-277, 2000. p. 264.

falar tão somente de uma “noção de serviço público”. Daí porque ainda ressoa tão atual e precisa a lição de Bernard Chenot:

[...] a definição do serviço público é o exemplo mais claro de uma dessas noções ditas fundamentais cujo conteúdo só pode ser precisado em breves períodos de tempos e cujos contornos começam a se quebrar com as contradições das leis e das decisões jurisprudenciais [...]⁸⁵.

Sabe-se que a Tradição da Escola de Bordeaux, do início do século passado, ainda vinculava a identificação dessas atividades à noção de interdependência social. A definição clássica de León Dugit considerava como serviço público:

[...] toda atividade cujo cumprimento deve ser regulado, assegurado e fiscalizado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social, e de tal natureza que só possa ser assegurado plenamente pela intervenção da força governante [...] ⁸⁶ (tradução livre).

Essa perspectiva essencialista ainda parece exercer influência na doutrina nacional, conforme refletido em obras como as de juristas como Eros Grau e de Rui Cirne Lima. No âmbito jurisprudencial, em que pese não ter sido enfrentada com maior profundidade a natureza jurídica das atividades lotéricas, no julgamento da ADI 2.847, parece ter prevalecido, para o Supremo Tribunal Federal, a premissa de que essas atividades não poderiam ser consideradas serviço público justamente por faltar a elas o elemento da “interdependência social”.

A despeito da influência dessa noção essencialista, porém, o Direito Administrativo brasileiro contemporâneo herda, na sua literatura majoritária, as contribuições de Gaston Jèze sobre a necessidade de se retirar o subjetivismo deste conceito.

A principal consequência da rejeição à ideia subjetiva de serviço público consiste em deslocar o núcleo de identificação dessas atividades da ideia de interdependência social para a análise do próprio regime jurídico conformador da exploração econômica. Nas lições clássicas de Jèze:

[...] todas as vezes que se está diante de um serviço público propriamente dito, constata-se a existência de regras jurídicas especiais, que têm por objeto

⁸⁵ BERNARD, Chenot. **L'Existentialisme et le Droit**. In: Revue française de science politique, 3 année, n 1, 1953. p. 60.

⁸⁶ DUGUIT, León. **Las transformaciones generales del derecho**. Buenos Aires: Heliasta, 2001, p. 36.

facilitar o funcionamento regular e contínuo do serviço público, de dar a mais rápida e completa possível satisfação às necessidades de interesse público⁸⁷ [...].

Assim, com base na chamada perspectiva formalista ou legalista, o que define o serviço público não é a avaliação subjetiva da relevância social da atividade, mas antes, o próprio regime jurídico de direito público ou privado que lhe é correlato. Em outras palavras, o que importa analisar é a definição legal e regulamentar que delimita o regime jurídico especial de direito público⁸⁸.

A influência da vertente formalista na conformação de um conceito brasileiro de serviço público foi materializada, principalmente, na obra clássica do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Themístocles Brandão Cavalcante. Fortemente inspirado na obra de Gaston Jèze, o publicista brasileiro não hesita em fixar que “o essencial no serviço público é o regime jurídico a que obedece, a parte que tem o Estado na sua regulamentação, no seu controle, os benefícios e os privilégios de que goza, o interesse coletivo a que visa atender”⁸⁹.

No contexto da Constituição Federal de 1988, a doutrina acolhe esse posicionamento ao prescrever que:

[...] nem todos os serviços públicos estão previstos na Constituição, podendo ser criados por lei novos serviços públicos que instrumentalizem a realização de finalidades cometidas pela Constituição aos Entes da federação, sendo que, no caso dos Estados-membros e Municípios esta possibilidade é ainda maior em razão da competência subsidiária daqueles (art. 25, § 1º) e da abertura da Constituição ao atribuir a estes os serviços públicos ‘de interesse local’ (art. 30, V) [...]⁹⁰.

Transladando esse parâmetro para a discussão enfrentada nessas ações de controle abstrato é que a doutrina enquadra as atividades lotéricas como típicas de serviço público. Desde 1932, como visto, o legislador não hesita em atribuir um regime jurídico de Direito Público a essas atividades. A previsão consta ainda expressamente do Decreto-Lei 6.259/44 e do próprio Decreto-Lei 204/67, que foi objeto das mencionadas ações de controle abstrato.

⁸⁷ JÈZE, Gaston. **Les principes généraux du droit administratif**. Paris: M. Giard e E., Brière, 1914, p. 241-242

⁸⁸ *Ibidem*, p. 247.

⁸⁹ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 59.

⁹⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 249.

Por esse motivo, é destacada a afirmação do Ministro Luís Roberto Barroso, em artigo doutrinário, ao confirmar que “no que se refere à natureza jurídica da atividade lotérica, *legem habemus*”⁹¹. De acordo com ele “é possível afirmar, assim, em linha de coerência com a posição doutrinária prevalente, que no Brasil a atividade de exploração de loterias é qualificada desde muito tempo, e até o presente, como serviço público”⁹².

Um corolário do enquadramento da exploração lotérica enquanto serviço público é a possibilidade de o legislador autorizar a prestação deste serviço público na modalidade indireta, por meio de concessão ou permissão. Isso porque a Constituição Federal de 1988 estabeleceu como cláusula genérica, no art. 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”.

Assim, desde que observado o dever de licitar, é lícito que o legislador abra a possibilidade de exploração das loterias por meio de concessão ou permissão. Esta opção, como visto, foi exercida pelo legislador ordinário na década de 1940, quando se passou a permitir a exploração do serviço de loteria a concessionários de comprovada idoneidade moral e financeira, nos termos do art. 2º do Decreto-Lei 2.980, de 24 de janeiro de 1941.

Ressalte-se que, ainda hoje, no âmbito dos Estados remanescentes, o diploma legal aplicável, o Decreto-Lei 6.259/1944, continuava a permitir a concessão de atividade lotérica tanto no âmbito da União quanto no âmbito dos Estados. Sobre o assunto, confira-se doutrina de Gustavo Henrique Justino de Oliveira, para quem:

[...] conforme restou acima assinalado, ainda que críticas possam ser feitas quanto à opção legislativa brasileira em qualificar a atividade lotérica desempenhada pelo Estado como um serviço público, sem detrimento dos fundamentos juspolíticos expostos anteriormente, é necessário perquirir se tal atividade comportaria ser explorada indiretamente pelo Estado. Com efeito, o “Poder Concedente” da atividade lotérica pode delegar sua execução, total ou parcial, aos particulares, por intermédio dos contratos de concessão e permissão de serviços públicos, na forma em que estão disciplinados na Lei Federal nº 8.987/95. Se efetivamente se trata de “serviço público”, os jogos lotéricos porventura instituídos pelos Estados podem ser objeto de delegação contratual a empresas interessadas em sua exploração. Claro está que, em virtude do disposto no caput do art. 175 da Constituição de 1988, esta delegação haverá de ser precedida de processo licitatório, cujas regras são aquelas estipuladas pela Lei Federal nº 8.987/95⁹³ [...].

⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. Loteria — Competência estadual — Bingo. Revista de Direito Administrativo, v. 220, n. 0, p. 262-277, 2000. p. 264.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **Parcerias público-privadas nos serviços de loterias estaduais**. A&C — Revista de Direito Administrativo & Constitucional, v. 3, n. 12, p. 175-192, 2007

Mais à frente nesta obra, no capítulo 4, entraremos nos pormenores sobre o arranjo jurídico que consideramos mais adequado para a exploração da atividade lotérica no Brasil, sobretudo no contexto dos entes subnacionais. Antes, porém, abordar-se-á aspectos relativos às loterias estaduais (capítulo 2), trazendo-se a lume algumas considerações sobre a regulação da atividade lotérica no direito estrangeiro (capítulo 3).

3 REGIME JURÍDICO DAS LOTERIAS ESTADUAIS NO BRASIL

Como já alinhavado neste trabalho, o serviço lotérico era de competência comum da União e dos Estados até a edição do Decreto-Lei nº 204/1967, o qual passou a prever o serviço como competência exclusiva da União, nos seguintes termos:

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.

Parágrafo único. A renda líquida obtida com a exploração do serviço de loteria será obrigatoriamente destinada a aplicações de caráter social e de assistência médica, empreendimentos do interesse público.

(...)

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. (Sic).

Em 1967, existiam diversos serviços lotéricos estaduais em operação no território nacional. A “solução” criada pelo Decreto-Lei nº 204/1967 foi, nesse diapasão, manter a autorização das loterias já existentes, mas vedando a criação de novas loterias e o aumento da emissão de bilhetes já autorizados para as loterias estaduais, conforme prevê o supratranscrito artigo 32, §1º⁹⁴.

As loterias estaduais em funcionamento continuaram, portanto, submetendo-se às normas do o Decreto-Lei nº 6.269/1944, nos termos do artigo 33 do Decreto-Lei nº 204/1967⁹⁵. Existiram diversas tentativas das assembleias legislativas de alterarem a regulamentação das loterias estaduais, contudo, o STF manifestou-se pela inconstitucionalidade de todas as leis nesse sentido, por entender que o artigo 22, inciso XX, da Constituição Federal, atribuiu competência privativa à União para regular qualquer sistema de sorteios, o que abrange todas as atividades lotéricas e os jogos de azar. Nesse contexto, foi editada a Súmula Vinculante nº 2⁹⁶, a qual prescreve que “é

⁹⁴ Art. 32. Mantida a situação atual, na forma do disposto no presente Decreto-lei, não mais será permitida a criação de loterias estaduais. (Vide ADPF 492) (Vide ADPF 493).

§ 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. (Sic).

⁹⁵ 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. (Sic).

⁹⁶ No julgamento da ADI 3898, o STF consolidou a tese de que a competência privativa da União prevista no art. 22, XX, da CF abrange todos os tipos de jogos de azar (relator Ministro Menezes de Direito, julgado

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

Em razão disso, por muitos anos se aduzia que a modificação da situação jurídica das loterias dependia de alteração da Constituição, retirando-se a competência da União para legislar sobre a matéria, ou de modificação da legislação vigente (Decreto-Lei nº 204/1967), que proibia as loterias estaduais, com a exceção apontada acima. No entanto, em setembro de 2020, o STF revisitou o tema ao decidir duas arguições de descumprimento fundamental e uma ação direta de inconstitucionalidade⁹⁷.

3.1 Previsão Infraconstitucional

Quanto às normas infraconstitucionais, começa-se pela legislação pré-constitucional, destacando-se o Decreto-Lei nº 6.259/1944, cujo artigo primeiro dispõe que “o Serviço de loteria, federal ou estadual, executar-se-á, em todo o território do país”⁹⁸, de acordo com as disposições daquele diploma. Estabeleceu ainda que os Governos dos Estados (também o governo da União) poderão atribuir a exploração do serviço de loterias a concessionários⁹⁹ de comprovada idoneidade moral e financeira, desde que a circulação do produto da loteria fique adstrita aos limites do Estado respectivo que a criou.

No mesmo sentido, encontra-se a Lei de Contravenções Penais, de 1941, atualmente em vigor, tipificando como ilícito penal a ação que introduz, para o fim de

em 06/06/2008). No mesmo sentido, confira-se os seguintes precedentes: ADI 3189, relator Min. Celso de Mello, julgado em 13/12/2016; ADI 3895, relator Ministro Menezes Direito, julgado em 04/06/2008; ADI 2950, relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 29/08/2007; ADI 3277, relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 02/04/2007; ADI 2995, relator Ministro Celso de Mello, julgado em 13/12/2006; ADI 2996, relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 10/08/2006; ADI 3183, relator Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 10/08/2006; ADI 3147, relator Ministro Carlos Britto, julgado em 10/08/2006; ADI 2690, relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 07/06/2006; ADI 3259, relator Ministro Eros Grau, julgado em 16/11/2005; ADI 2847, relator Ministro Carlos Velloso, julgado em 05/08/2004, que resultou na edição da Súmula Vinculante nº 2.

⁹⁷ BRASIL. STF. ADPF 492, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 30/09/2020. BRASIL. STF. ADPF 493, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 30/09/2020. BRASIL. STF. ADI 4.986, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 30/09/2020.

⁹⁸ BRASIL. **Decreto-Lei nº 6.259 de 10 de fevereiro de 1944**. Dispõe sobre o serviço de loterias e dá outras providências. [sic]. Brasília, DF: Presidente da República [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del6259.htm. Acesso em 27 out. 2021.

⁹⁹ O Decreto-Lei nº 204/67, que traz interpretação diversa no que se refere à concessão de serviço público, não foi recepcionado pela CF/88 e a matéria, nesta parte, atualmente é tratada pela Lei Federal 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

comércio, bilhete¹⁰⁰ de loteria estadual em território onde não possa legalmente circular: “Art. 53. Introduzir, para o fim de comércio, bilhete de Loteria estadual em território onde não possa legalmente circular”¹⁰¹¹⁰².

Ao se referir à proibição de “distribuir bilhete de loteria estadual em território onde possa circular legalmente”, o legislador federal cancelou permissão para os Estados e o Distrito Federal distribuírem bilhetes de loteria nos limites de seus territórios.

Outras disposições foram moldando o ordenamento jurídico relativo ao mercado de concurso de prognósticos, na Loteria da União e na loteria das unidades federadas. Foi, entretanto, no ano de 1991, que o legislador, tendo amparo na nova Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, passou a considerar “concursos de prognósticos todos e quaisquer sorteios de números, loterias, apostas, inclusive as realizadas em reuniões hípias, nos âmbitos Federal, Estadual, do Distrito Federal e Municipal”¹⁰³, nos exatos termos do artigo 26 da Lei nº 8.212/1991.

Na revisão da referida norma, alterada que foi pela Lei nº 13.756 de 2018, o texto do *caput* do artigo 26 da Lei nº 8.212/1991, ao tratar da Seguridade Social, deixou consignado que “constitui receita da Seguridade Social a contribuição social sobre a receita de concursos de prognósticos a que se refere o inciso III do caput do art. 195 da Constituição Federal”¹⁰⁴.

Ao regulamentar a referida Lei nº 8.212/1991, o governo federal, com base no art. 84, inc. IV, da Constituição Federal, que confere ao Presidente da República, privativamente, a atribuição para sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução, considerou:

[...] concurso de prognósticos todo e qualquer concurso de sorteios de números ou quaisquer outros símbolos, loterias e apostas de qualquer natureza no

¹⁰⁰ Observação do autor: na época, ano de 1941, a tecnologia adotava apenas o formato físico de bilhetes de concursos.

¹⁰¹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.688 de 3 de outubro de 1941**. Lei das Contravenções Penais. Brasília, DF: Presidência da República [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em 27 out. 2021.

¹⁰² Essa questão é particularmente problemática na atualidade com as loterias *on-line*, uma vez que, em razão do serviço difícil restringir as apostas a um determinado território.

¹⁰³ BRASIL. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm. Acesso em 27 out. 2021.

¹⁰⁴ BRASIL. **Lei nº 13756, de 12 de dezembro de 2018**. Dispõe sobre o Fundo Nacional de Segurança Pública (FNSP), sobre a destinação do produto da arrecadação das loterias e sobre a promoção comercial e a modalidade lotérica denominada apostas de quota fixa [...]. Brasília, DF: Presidência da República [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13756.htm. Acesso em 27 out. 2021.

âmbito federal, estadual, do Distrito Federal ou municipal, promovidos por órgãos do Poder Público ou por sociedades comerciais ou civis¹⁰⁵.

Nota-se que o Decreto nº 3.048/1999 acrescenta, no ordenamento jurídico, a possibilidade de a exploração do serviço (concurso de prognóstico) ser promovida pela iniciativa privada, ou seja, “por sociedades comerciais ou civis”, e a alteração provocada pela Lei nº 13.756/2018 não criou entendimento diferente, mantendo-se incólume a sua interpretação.

Percebe-se, portanto, que tanto a Constituição Federal quanto a legislação infraconstitucional federal, atual e anterior à Carta Constitucional em vigência, contemplam as loterias estaduais, de tal forma que União, Estados e o Distrito Federal podem (e devem) manejar os respectivos atos normativos para a exploração dos seus produtos lotéricos.

3.2 Constitucionalidade das normas estaduais e limites de exploração

Sobre essa questão, o Supremo Tribunal Federal já foi instado a se manifestar, por provocação do Ministério Público, em ações que questionaram as legislações estaduais que permitiam, em seus territórios, a exploração de modalidades de jogos de azar através das loterias estaduais e distrital.

O STF decidiu que as leis estaduais que permitiam a exploração de modalidades como “bingo”¹⁰⁶ eram inconstitucionais, tendo como paradigma a ADI nº 2847/DF¹⁰⁷; ao mesmo tempo em que, aqueles Estados que tinham loterias criadas nos termos da legislação federal, especialmente o Decreto-Lei nº 6.259/1944 e Decreto-Lei nº 204/1967, tiveram assegurada a ressalva da Corte Constitucional, no sentido de tornar legítimo o direito em continuar explorando as modalidades previstas em lei federal.

É o caso da loteria do Estado de Santa Catarina, tratado no acórdão da ADI nº 2996/SC perante o STF. Por provocação da Associação Brasileira das Loterias Estaduais

¹⁰⁵ Conforme dispõe o **Decreto nº 3.048 de 06 de maio de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em 27 out. 2021.

¹⁰⁶ Bingo: modalidade de jogo de azar.

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 2847/DF**. Relator: Ministro Carlos Veloso. Brasília, DF, 5 de agosto de 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266940>. Acesso em 27 out. 2021.

- ABLE – que figurou na condição de *amicus curiae* naquele julgamento -, o acórdão assim ficou redigido no ponto que deixa expresso tal direito ao estado catarinense:

[...] não está em jogo a L. Est. 3812/66 – a que alude o art. 1º do diploma questionado -, a qual teria criado a Loteria do estado de Santa Catarina, ao tempo em que era facultada, pela legislação federal, a instituição e a exploração de loterias pelos estados membros.
O que pode substituir – e não está em causa direta – é a legislação estadual atinente a loteria estadual, nos termos restritos em que foram mantidas por força dos arts. 32 e 33 do DL 204/67. [...].¹⁰⁸

Tal manifestação também foi expressa no julgamento da ADI nº 2995, ao tratar da lei que inclui novos produtos na loteria do Estado de Pernambuco. Desta forma, embora a Corte tenha declarado inconstitucional a novidade¹⁰⁹, assegurou, expressamente, a lei instituidora da loteria pernambucana:

[...] não se instaurou, perante o Supremo Tribunal Federal, processo de controle normativo abstrato referente à Lei nº 73/1947 do Estado de Pernambuco, editada em momento no qual era facultado, a qualquer Estado-membro, por efeito da legislação federal (DL nº 204/67), dispor, validamente, sobre a instituição e a exploração de serviços lotéricos.¹¹⁰

O paradigma das loterias estaduais no âmbito da Corte Constitucional ficou expresso no voto do Ministro do STF, Ayres Britto, que firmou o entendimento de que a:

[...] competência para legislar inovadoramente é da União. [...]. Contudo, instituído, ou autorizado que seja um determinado jogo pela pessoa jurídica central da Federação (ainda que por lei ordinária, tão-somente), qualquer das duas unidades estatais periféricas (Estado-membro ou Distrito Federal), pode concorrer com ela, União Federal. Pode, no território de cada qual delas, competir com o Governo Central pela preferência dos apostadores”.

Após o julgamento das várias ADI's, foi instaurado um processo administrativo, resultando na edição da Súmula Vinculante nº 2, interpretada por alguns desavisados como uma proibição aos estados-membros para explorar qualquer modalidade de “sorteio”. Diante deste fato, novamente, as loterias estaduais, representadas pela ABLE,

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 2996/SC**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 10 de agosto de 2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2168477>. Acesso em 27 de outubro de 2021.

¹⁰⁹ Nota explicativa: a motivação das ADI's foi a novidade mantida pelos entes federados nas suas respectivas leis e demais atos normativos, a exemplo da modalidade “Bingo”.

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 2995-9**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=488652>. Acesso em 27 out. 2021.

foram à Corte Constitucional para clarear a interpretação do referido verbete. Muito embora não tenha dado seguimento às arguições¹¹¹, o STF acabou por expressar o óbvio.

É que, na realidade, a Súmula Vinculante nº 2 não criou qualquer óbice ou empecilho ao funcionamento das loterias estaduais. Quando o STF declarou que a competência legislativa para dispor sobre sorteios, e assim inclui a “loteria”, é da União com exclusividade, não apreciou o regime da exploração das loterias e a competência político-administrativa dos Estados.

Tal assertiva foi muito bem esclarecida pelo Ministro Cezar Peluso e pela Ministra Ellen Gracie, conforme texto colacionado a seguir. Pode-se assegurar, assim, que os artigos 1º e 32 do Decreto-Lei nº 204/1967, bem como o enunciado da Súmula Vinculante nº 2, não se prestam a sustentar qualquer espécie de monopólio da exploração de produtos das Loterias pela União, conforme se verifica *in verbis*:

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

Nas ações diretas que serviram de inspiração ao enunciado da súmula vinculante nº 2, nada se definiu sobre o regime de exploração dos serviços lotéricos pelos Estados, de sorte que ‘o debate desse assunto, de maneira inaugural, no procedimento de edição da Súmula ora em análise representaria manifesta exploração dos limites traçados pelos julgamentos que a fundamentaram.’¹¹²

Conclui-se, portanto, que as ações de inconstitucionalidade em face das leis estaduais que continham as modalidades de bingos e outras, sem paradigma em lei federal, e a Súmula Vinculante nº 2, afetaram, tão somente, parte do portfólio de produtos das loterias estaduais.

Tal assertiva, percebe-se, na ação promovida após a publicação da referida súmula, em que o Ministro do STF, Celso de Mello, suspendeu liminarmente a decisão do juiz que pretendeu, com fundamento na Súmula Vinculante nº 2, suspender a Loteria estadual de Pernambuco:

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 128**. Relatora: Min. Carmén Lúcia. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2632714>. Acesso em 27 out. 2021; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 147**. Relatora: Min. Cármén Lúcia. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2632714>. Acesso em 27 out. 2021.

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 128**. Relator: Min. Cézar Peluso. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2632714>. Acesso em: 27 out. 2021.

Os fundamentos ora expostos tornam evidente que a União federal recusa, ao Estado de Pernambuco – que age por meio de uma de suas instrumentalidades administrativas (ARPE) –, a possibilidade de exercer competência para explorar serviços de loteria, nos termos da Lei estadual nº 73/1947, editada, em momento no qual o serviço público de loteria podia ser realizado e executado, validamente, tanto no âmbito federal quanto no plano estadual.

[...]

Parece-me, desse modo, considerada a válida promulgação, pelo Estado de Pernambuco, da Lei nº 73/47, que a União federal contesta, mesmo assim, a legitimidade de exploração, por essa unidade federada, do serviço de loteria, negando-se a admitir a validade do exercício, por referido Estado-membro, de uma competência que lhe foi reconhecida pela própria União Federal, quando da edição do Decreto-lei nº 204/67 (arts. 32 e 33).

[...]

Sendo assim, e em juízo de estrita deliberação, defiro o pedido de medida liminar, em ordem a suspender, cautelarmente, a eficácia da decisão proferida pelo ilustre magistrado que ora figura como reclamado na presente sede processual (Ação Civil Pública nº 2007.83.00.017870-1, 10ª Vara Federal de Recife/PE. Apenso, fls. 156-166), sustentando, ainda, até final julgamento desta reclamação, o andamento de referido processo judicial. [...] ¹¹³.

Portanto, evidencia-se que as loterias estaduais, cujos produtos estejam limitados ao instituído às modalidades estatuídas em lei federal e explorados no âmbito de seu território, são compatíveis com a Constituição Federal, única fonte de distribuição de competências entre os entes federados. Alcança, pois, a todos os entes federados, e não apenas aqueles Estados que, antes do Decreto-Lei nº 204/1967 já tinham suas loterias.

3.3. Competência material *versus* competência legislativa e a (in) existência de exclusividade da União em matéria de normatização e exploração do serviço lotérico

É sabença geral constituir premissa básica do federalismo que somente à Constituição Federal cabe restringir a autonomia dos Estados-membros. Sob o ângulo do monopólio, bem ressaltou Fábio Konder Komparato¹¹⁴, que a Carta atual, ao contrário das Constituições de 1946 e 1967-69, mostra-se taxativa quanto aos setores ou atividades em que se tem o monopólio estatal, agora deferido exclusivamente à União. Então, o autor esclareceu que a lei já não pode criar outros monopólios não estabelecidos expressamente

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 5.716**. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2582329>. Acesso em: 27 out. 2021.

¹¹⁴ KOMPARATO, Fábio Konder. **Monopólio Público e Domínio Público**: exploração indireta da atividade monopolizada. Direito Público: estudos e pareceres, 1996, p. 149.

no bojo do texto constitucional¹¹⁵. No mesmo sentido é a lição de Pinto Ferreira, também mencionada em parecer de Luís Roberto Barroso¹¹⁶: “só existem monopólios criados pela Constituição”. A Lei Máxima não reserva o serviço público de exploração de loterias expressamente à União, ficando afastada, assim, a possibilidade de cogitar-se monopólio. E mais:

Não estando o serviço público de loterias previsto dentre as atividades econômicas (CF, art. 177) e serviços públicos (art. 21, X, XI e XII) reservados expressamente à União pela Constituição da República – não há que se cogitar de monopólio federal sobre ele. Note-se que é despicienda qualquer consideração sobre os motivos que possam ter justificado a edição do Decreto-lei 204/67 - como se fazia necessário à luz da ordem constitucional pretérita - de vez que, presentemente, a legislação infraconstitucional.¹¹⁷

Assim, a Constituição não impede o funcionamento da loteria estadual. Primeiro, porque não atribui esse serviço à União, com exclusividade. Segundo, porque não proíbe de forma expressa, ou simplesmente implícita, a existência das loterias estaduais. (...) Se a União pudesse, por lei ordinária, tornar exclusivo um serviço público que a Constituição não proíbe aos Estados, a autonomia destes estaria reduzida à letra morta; a legislação comum poderia aumentar desmedidamente a área de competência federal, estabelecendo-se a exclusividade da maioria dos serviços públicos concorrentes ou de exclusividade local. Esse é o entendimento histórico da matéria, que vem desde a Constituição de 1891, que estabeleceu no artigo 65:

Art. 65 - É facultado aos Estados:

(...)

2º) em geral, todo e qualquer poder ou direito, que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição.

¹¹⁵ Trata-se da questão da proibição de monopólio para exploração de atividade econômica ou serviço público que não esteja, expressamente, prevista na Constituição da República Federativa do Brasil,

¹¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Loteria** - Competência estadual - Bingo. Revista de Direito Administrativo, v. 220, n. 0, p.262–277, 2000. p. 269.

¹¹⁷ Ibidem.

No mesmo sentir, teve-se o artigo 7º, parágrafo quarto, da Constituição de 1934, e, na Constituição de 1946, o artigo 18, parágrafo primeiro. Na Constituição de 1967, tinha-se o artigo 13 com a redação modificada pela E. Constitucional nº 1/69.

Essa é a linha adotada no sistema constitucional dos Estados Unidos, a partir da Emenda X, onde se lê: “Os poderes não delegados aos Estados Unidos por esta Constituição, nem por esta proibidos aos estados-membros, são reservados respectivamente aos Estados e ao povo”. Isso foi transplantado aos Estados Federais. No México, isso inscreveu-se na Constituição de 1957, artigo 117. Tal foi acolhido na Argentina, na Constituição de 1853 (artigo 104), e outros sistemas federativos, como o da Suíça, em 1948 (artigo 3º), na Alemanha, pela Constituição de Bonn (artigo 70), na linha da Constituição de Weimar.

Na doutrina brasileira histórica, tem-se o que já dizia João Barbalho, comentando aquele artigo 65 da Constituição Federal de 1891¹¹⁸. Para ele, essa disposição era a chave-mestra da federação, sendo a regra áurea da discriminação de competências. Disse ainda Carlos Maximiliano: “tudo o que se não atribui à União expressa ou implicitamente, nem se proíbe, nos Estados, é da competência destes”¹¹⁹.

No âmbito da Constituição Federal de 1988, a União detém o monopólio legiferante sobre a matéria “sorteio”¹²⁰ no Brasil. Foi o que decidiu a Suprema Corte (STF) ao interpretar o artigo 22, inciso XX, da Constituição Cidadã. Isso, contudo, não se confunde com o regime de exploração das modalidades respectivas.

Por tais motivos, como dito nas linhas anteriores, as loterias estaduais podem e devem ser instituídas (criadas ou mantidas) pelos governos estaduais e distrital, por serem uma fonte de financiamento da seguridade social e inexistir monopólio da União para a finalidade de exploração dos diversos tipos de “sorteios”¹²¹. O fato não guarda relação alguma com a competência legiferante privativa sobre a matéria.

A lógica é a seguinte: no Brasil, a regra de exploração dos mercados é a do livre comércio, evitando-se o monopólio. As exceções são somente aquelas expressas na Constituição Federal, por força da interpretação da norma contida no art. 177, e não

¹¹⁸ Art. 65, Constituição Brasileira de 1891: Art 65 - É facultado aos Estados:
(...)

2º) em geral, todo e qualquer poder ou direito, que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição

¹¹⁹ MAXIMILIANO, CARLOS. **Comentários à Constituição brasileira**. Imprensa: Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1954, p. 705-706.

¹²⁰ O sorteio é compreendido pelo STF como o gênero dos jogos de azar. Não concordamos, no entanto, com essa conclusão.

¹²¹ Leia-se: concursos de prognósticos.

podem ser alteradas ou interpretadas de forma extensiva por leis infraconstitucionais. Se as atividades lotéricas forem (e assim são) consideradas serviço público, conforme definido em lei¹²², não há previsão no rol do artigo 21, incisos XI e XII da Constituição Federal, a lhe conferir exclusividade.

Um exemplo desta dinâmica em que a União detém a competência legislante exclusiva sobre uma matéria, sem deter a mesma competência para exploração do negócio, foi anotada no parecer de Luís Roberto Barroso, ao explicar que:

[...] somente a União pode legislar, e.g., sobre águas e energia (art. 22, IV), trânsito e transportes (art. 22, XI), ou seguridade social (art. 22, XXIII), mas seria absurdo imaginar que os Estados não possam desenvolver atividades administrativas nesses setores.

Ora, são os Municípios e/ou os Estados que exploram através da iniciativa privada, por meio de processo concorrencial em que firmam compromisso de o concessionário captar, tratar e distribuir água ao público consumidor, mediante pagamento. Do mesmo modo, com as empresas que exploram o transporte público, mediante contrato com os Municípios, entre outros exemplos comparáveis com a dinâmica das loterias.

No parecer supramencionado, rememorou-se ainda o magistério de Andréas Krell, segundo o qual:

[...] ao adotar tal sistemática, a Constituição dá lugar a diversos exemplos em que um ente detém a competência político-administrativa em certa área sem que titularize também a competência legislativa correspondente, devendo atuar sob o regime editado por outra esfera de Governo¹²³.

O mesmo Krell arremata que há:

[...] expressa distinção entre as competências legislativas, de um lado, e as administrativas, de outro, também não faria sentido se cada esfera política

¹²² BRASIL. **Lei nº 13.756 de 12 de dezembro de 2018**. Dispõe sobre o Fundo Nacional de Segurança Pública (FNSP), sobre a destinação do produto da arrecadação das loterias e sobre a promoção comercial e a modalidade lotérica, denominada aposta de quota fixa [...]. Brasília, DF: Presidência da República [2019]. Disponível em http://planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13756.htm. Acesso em 27 out. 2021. E BRASIL. **Lei nº 13.177 de 22 de outubro de 2015**. Altera a Lei nº 12.869, de 15 de outubro de 2013, acerca do regime de permissão de serviços públicos. Brasília, DF: Presidência da República [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-018/2015/Lei/L13177.htm. Acesso em 27 out. 2021; e BRASIL. **Decreto-lei nº 6.259 de 10 de fevereiro de 1944**. Dispõe sobre o serviço de loterias e dá outras providências. [Sic]. Brasília, DF: Presidência da República [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del_6259.htm. Acesso em 27 out. 2021.

¹²³ ANDREAS, Krell. **Discrecionalidade administrativa e proteção ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.99.

continuasse podendo executar meramente as suas próprias normas. Os doze incisos do artigo 23 seriam simplesmente supérfluos se esta competência administrativa existisse somente em conexão com os respectivos poderes de legislar, como foi o caso durante a vigência das Constituições brasileiras anteriores¹²⁴.

Ademais, a propósito do tema se manifestaram respeitáveis ministros do STF e proeminentes juristas, inadmitindo falar-se em monopólio ou exclusividade da União para explorar as “loterias” em detrimento dos Estados ou do Distrito Federal. Para ilustrar, colaciona-se a seguir os trechos das referidas manifestações:

a) Ministro do STF, Cezar Peluso:

[...] admito que, no caso da loteria, se trate de serviço público, e que o exercício da atividade não constitua monopólio, mas a regulamentação desse exercício é, sem dúvida, monopólio da União. Isto é, desde que as atividades de sorteio e consórcio sejam regulamentadas, as entidades federativas podem exercê-las sob o governo da norma proveniente da União. [...].¹²⁵

b) Ministro do STF, Carlos Ayres Britto:

[...] se é correto ajuizar que apenas a União pode originariamente legislar sobre essa ou aquela espécie de sorteio (e assim excluí-lo da ilicitude contravencional), não parece verdadeiro, contudo, afirmar que somente ela pode explorá-lo. 31. Explico-me: a competência para legislar inovadoramente é sempre da União. [...]. Contudo, instituído ou autorizado que seja um determinado jogo pela pessoa jurídica central da Federação (ainda que por lei ordinária, tão-somente), qualquer das duas unidades estatais periféricas (Estado-membro ou Distrito Federal), pode concorrer com ela, União Federal. Pode, no território de cada qual delas, competir com o governo Central pela preferência dos apostados. Desde que se utilize das mesmíssimas normas federais de regência do tema, com adaptações apenas de ordem mecânica ou linear; isto é, adaptações ditadas pelas naturais diferenças de organização administrativa de cada uma dessas pessoas federadas periféricas. No uso, porém, de sua competência legislativa na matéria, a União federal não foi autorizada a reservar para si a exclusividade da exploração de sorteios, de modo a excluir a coparticipação dos Estados e do Distrito Federal. E porque não se acha habilitada a monopolizar o setor (todo monopólio é matéria de reserva normativa de tomo constitucional), proibida está de impedir que essas duas tipologias de pessoa governamental façam uso da competência residual que se extrai da leitura do art. 25 da Carta de Outubro, *litteris*: “são reservadas aos Estados as competências que não lhe sejam vedadas por esta Constituição. [...]”.¹²⁶

¹²⁴ Ibidem.

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 2847/DF**. Relator: Ministro Carlos Veloso. 5 de agosto de 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266940>. Acesso em 27 out. 2021.

¹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 2847/DF**. Relator: ministro carlos Veloso, 5 de agosto de 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266940>. Acesso em 27 out. 2021.

c) Ministro do STF, Marco Aurélio Mello:

É sabença geral constituir premissa básica do federalismo que somente à Constituição Federal cabe restringir a autonomia dos Estados membros. Resta saber: tem-se na previsão do inciso XX do artigo 22 da Carta da República abrangência a ponto de alcançar as loterias estaduais nas diversas espécies? A competência privativa da União para legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios apanha as loterias estaduais? Eis a questão constitucional da maior relevância com a qual se defronta a Corte, não havendo espaço para óptica que, escapando da seara jurídico-constitucional, situe-se em outras mais amplas, mesmo porque a União explora, com largueza maior, a atividade lotérica.. O que se nota, a esta altura, é que, ante possíveis desvirtuamentos de objetivo verificados em uma espécie de loteria, a dos bingos, já que estes também dependem de sorteio para obter-se prêmio, confundem-se conceitos e, com isso, é colocado em jogo todo o sistema de loteria estadual existente no País. Perceba-se o alcance do estrago que uma concepção centralizadora ocasionará. A loteria estadual, sempre revelada como serviço público e voltada ao amparo social especialmente dos menos afortunados, está em todos os Estados... Por entender que não se tem, no inciso XX do artigo 22 da Constituição Federal, a competência exclusiva da União para legislar sobre loterias, o que acabaria por colocar diversas loterias estaduais na clandestinidade, peço vênha ao relator para julgar improcedente o pedido formulado, ressaltando, mais uma vez, que se está a tratar não apenas da espécie “bingo”, mas do gênero loteria. É como voto na espécie¹²⁷.

d) Ministro do STF, Celso de Mello:

Impende registrar, por relevante, que o próprio Decreto 204/67 – recebido pela atual Constituição da República -, ao estabelecer o monopólio da União sobre serviço de loteria, preservou a situação das loterias estaduais então existentes, fixando normas estritas destinadas a reger-lhes o funcionamento legítimaria sob tal perspectiva, e por parte dessa unidade da federação, a instituição, por direito próprio, da exploração do serviço de loterias¹²⁸.

e) Lição doutrinária do ministro aposentado Oswaldo Trigueiro:

[...] a Constituição não impede o funcionamento da loteria estadual. Primeiro, porque não atribui esse serviço à União, com exclusividade. Segundo, porque não proíbe, de forma expressa ou simplesmente implícita, a existência das loterias estaduais. Logo, os Estados estão habilitados a instituir esse serviço e a explorá-lo como lhes aprouver; [...] ¹²⁹.

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 2996/SC**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, 10 de agosto de 2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2168477>. Acesso em 27 out. 2021.

¹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 2995-9/PE**. Relator: Ministro Celso de Mello, 13 de dezembro de 2006. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=488652>. Acesso em 27 out. 2021.

¹²⁹ MELO, Oswaldo Trigueiro de Albuquerque. Loteria estadual. **Revista de Direito Público**, n. 76, 1985, p.38-39.

f) Ainda do Ministro Marco Aurélio, agora no voto proferido na ADI nº 2847/DF, consignou, com muita propriedade, que a “[...] Lei máxima não reserva o serviço público de loterias expressamente à União, ficando afastada, assim, a possibilidade de cogitar-se de monopólio. [...]”¹³⁰.

g) Na mesma linha, o parecer elaborado por Péricles Prade:

[...] a Constituição federal não proíbe os estados de atualizar a exploração de modalidades lotéricas instituídas pela União. Tão-somente veda que legisle sobre sistemas de consórcio e de sorteios, mas é de bom aviso acentuar que, em relação a legislação estadual pretérita (ainda vigente), a União facultou que excepcionalmente legislasse, consoante dispõe o decreto-lei nº 6.259/44. [...] ¹³¹.

Gustavo Henrique Justino de Oliveira, na obra “Parcerias público-privadas nos serviços de loterias estaduais”, refere que:

[...] Como a própria legislação em vigor trata a loteria como um serviço público, e não como atividade econômica, não há que se falar em monopólio da União Federal, seja pela natureza da atividade, seja por não estar enumerada no art. 177 da Constituição de 1988. Tendo em conta a irregularidade da norma de exclusividade do DL 204/67, a fixadora do privilégio exclusivo da União a exploração de loterias, Caio Tácito lança mão da expressão termo “virtual monopólio”. Tanto a Constituição de 1967 (posterior ao Decreto-lei 204-67), quanto a de 1988, não contêm dispositivo algum em que esteja explícito – ou mesmo implícito – que o serviço público de loterias é um serviço exclusivo da União Federal. [...] ¹³².

Caio Tácito, ao emitir parecer para a Loteria do Rio de Janeiro, concluiu:

Portanto, a reserva ou exclusividade que o Decreto-Lei nº 204, de 197, atribui à União para que somente a ela fosse facultada a exploração de loteria (com apenas a ressalva de sobrevivência das loterias estaduais preexistentes, no entanto, congeladas no estado em que se encontravam) discrepa, por inteiro,

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 2847/DF**. Relator: Ministro Carlos Veloso, 5 de agosto de 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266940>. Acesso em 27 out. 2021.

¹³¹ PRADE, Péricles. Parecer. Parecer acerca dos efeitos decorrentes da procedência da ação direta de inconstitucionalidade n. 296, proposta pelo Procurador-Geral da República, tendo por objeto a lei estadual n. 11.348/2000, haja vista o fato de o STF, por maioria, em conformidade com o voto proferido pelo Ministro Relator Sepúlveda Pertence, ressaltar, mediante cláusula expressa, “que não está em jogo a L Est 3812/66 – a que alude o art. 1º do diploma questionado -, 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”, além de assinalar a subsistência da legislação estadual atinente à loteria estadual, nos termos restritos em que foram mantidas por força dos art. 32 e 33 do DL 204/67. 13 de dezembro de 2006.

¹³² OLIVEIRA. Gustavo Henrique Justino de. Parcerias público-privadas nos serviços de loterias estaduais. A&C. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 12, pp. 175-192, 2003.

da regra maior, permissiva do paralelismo, ou da simultaneidade dos serviços públicos de diverso nível federativo¹³³.

A mesma conclusão foi a de Luiz Vicente Cernicchiaro, senão vejamos:

[...] a Lei Fundamental não restringiu à União Federal definição e exploração de loteria. Em consequência, pode o Estado, ao contrário do que dispunha o Decreto-lei n. 204/67, explorar loterias. Em nível constitucional, não é serviço público exclusivo da União [...].¹³⁴

E a de Geraldo Ataliba:

Não pode, porém, a União – pretexto de legislar sobre direito penal – proibir aos Estados o exercício de uma atividade que, no próprio texto normativo (que estabelece a proibição) – o Dec-lei 204 – é qualificada como serviço público. Em suma, se de serviço público se cuida, o Estado reger-se-á pelas leis que adotar (art. 13, CF); se de atividade pública ou publicizável, terá a mesma liberdade jurídica de que desfruta a União (cada qual agindo na forma da própria lei). Se, por fim, tratar-se de exploração de fontes de recursos financeiros não tributários, a competência é, mais do que concorrente, comum. Efetivamente, se uma atividade é produtiva de recursos financeiros, sem revestirem o caráter do tributo, parece – à vista do panorama sistemático constitucional brasileiro – que se está diante de caso de competência comum da União ou dos Estados. Ambos podem desempenhá-la livremente. É que as fontes de recursos não tributários não são explicitamente discriminadas no Texto Constitucional, como o fazem os arts. 18, 21, 23 e 24, quanto aos tributos. Implicitamente também não o são, o que deixa no campo da exploração comum as demais atividades (salvo as reservadas à iniciativa privada). De outro lado, todo serviço público que não seja nitidamente, por força de preceito constitucional, exclusivo de uma entidade, será de ambas. Isto é elementar e está na obra de todos os tratadistas e comentaristas da Constituição.¹³⁵

Portanto, sustentado na doutrina mais consistente sobre a matéria e amparado no entendimento adotado pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, cujo voto foi acima resgatado, na parte que exprime o pensamento sobre a questão da inexistência do monopólio da União sobre o tema loteria, tem-se, atualmente, a visão praticamente unânime quanto ao direito (e quase dever) dos entes federados explorarem os concursos de prognósticos para financiar a seguridade social.

¹³³ CAIO TÁCITO, Mário. Loteria Estadual. Limites de Emissão de Bilhetes. Autonomia Estadual. **Revista de Direito Proc. Geral**, Rio de Janeiro, ed. 40, 1988.

¹³⁴ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Parecer para o Estado de Minas Gerais, 28 de agosto de 2000.

¹³⁵ ATALIBA, Geraldo. Possibilidade jurídica da exploração de loterias pelos Estados federados. **Revista de Direito Público**, n. 78, 1985, pp. 80-93.

3.4 Da não recepção da exclusividade federal prevista no Decreto-Lei 204/1967 pela Constituição Federal de 1988: o julgamento do caso das loterias, pelo Supremo Tribunal Federal, como ponto de inflexão para o federalismo brasileiro

A questão ora apresentada não surgiu com o advento da Constituição Federal de 1988, uma vez que, já sob a égide da antiga Constituição de 1946, vigente quando da edição do Decreto-Lei 204/67, o texto constitucional também não atribuía exclusivamente à União o exercício das atividades lotéricas ou a exploração de concursos de prognósticos ou sorteios (art. 5º), tampouco a Emenda Constitucional de 1969 previu a competência privativa da União sobre a matéria. Reservavam-se aos Estados todos os poderes que, implícita ou explicitamente, não lhes eram vedados pela Constituição.

Menciona-se, porque relevante, que o referido Decreto-Lei 204/67 foi elaborado em contexto de exceção (ditadura civil-militar) e teve por fundamento jurídico o parágrafo 2º do art. 9º do Ato Institucional 4/66, que convocava extraordinariamente o Congresso Nacional para discussão, votação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo então Presidente da República, Humberto Castello Branco, que culminou com a Constituição de 1967, e que citava expressamente o art. 30 do Ato Institucional 2/65, editar decretos-leis sobre matéria de segurança nacional. O referido dispositivo possuía a seguinte redação:

O Presidente da República, na forma do art. 30 do Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, poderá baixar Atos Complementares, bem como decretos-leis sobre matéria de segurança nacional até 15 de março de 1967. (...) § 2º Finda a convocação extraordinária e até a reunião ordinária do Congresso Nacional, o Presidente da República poderá expedir decretos com força de lei sobre matéria administrativa e financeira.

Nos considerandos do Decreto-Lei 204/67, ressaltou-se que sua motivação teve como objetivo a salvaguarda da integridade da vida social e o impedimento do surgimento e proliferação de jogos proibidos, suscetíveis de atingir a segurança nacional. Destacou-se, ainda, que a exploração de loteria constituir-se-ia exceção às normas de direito penal, só sendo admitida para a redistribuição de seus lucros com finalidade social. mencionou-se que todo indivíduo tem direito à saúde e que é dever do Estado assegurar esse direito e que os problemas de saúde constituem matéria de segurança nacional.¹³⁶

¹³⁶ “CONSIDERANDO que é dever do Estado, para salvaguarda da integridade da vida social, impedir o surgimento e proliferação de jogos proibidos que são suscetíveis de atingir a segurança nacional;

Ressaltando a grave situação financeira das Santas Casas de Misericórdia e de outras instituições hospitalares, médicas e científicas e a competência da União para legislar sobre o assunto, decretou-se que a referida atividade constitui serviço público exclusivo da União, não suscetível de concessão e permitida apenas nos termos e limites definidos naquele Decreto-Lei.¹³⁷

Assim, considerando-se tal contexto constitucional, o questionamento que se faz pertinente, tanto em relação à ordem constitucional anterior quanto à ordem constitucional atual, é se houve violação à competência material dos Estados ao se restringir o serviço público de loterias à titularidade da União.

Ao recuperar as raízes da tradição federativa na nossa história republicana, Trigueiro recorda ter-se assentado entre nós, como pedra angular do federalismo, a lógica constante do art. 65, § 2º, da Carta Constitucional de 1891, ao dispor que “é facultado aos Estados em geral todo e qualquer poder ou direito que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição”¹³⁸. Ao comentar a referida regra, Trigueiro recorre às lições de clássicos como João Barbalho Uchôa Cavalcanti, que assevera com clareza que:

[...] o plano da Constituição federal é o estabelecimento de um governo geral, a cujo cargo ficam os negócios de ordem nacional; com tal propósito, do complexo de poderes que entram na esfera do governo de uma nação, separou ela os que têm aquele caráter e, para enfeixá-los na mão da autoridade central que criou para exercê-los (governo federal), teve que especificar designadamente tais poderes e declará-los inerentes à União. Os demais poderes, que não entram no número desses assim separados, evidentemente escapam à competência federal, ficam todos com os Estados [...]¹³⁹.

CONSIDERANDO que a exploração de loteria constitui uma exceção às normas de direito penal, só sendo admitida com o sentido de redistribuir os seus lucros com finalidade social em termos nacionais;

CONSIDERANDO o princípio de que todo indivíduo tem direito à saúde e que é dever do Estado assegurar esse direito;

CONSIDERANDO que os Problemas de Saúde e de Assistência Médico-Hospitalar constituem matéria de segurança nacional

CONSIDERANDO a grave situação financeira que enfrentam as Santas Casas de Misericórdia e outras instituições hospitalares, para-hospitalares e médico-científicas;

CONSIDERANDO, enfim, a competência, da União para legislar sobre o assunto,”. (sic).

¹³⁷ 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.

¹³⁸ TRIGUEIRO, Oswaldo. **Loteria Estadual**. Revista de Direito Público, n. 76, de 1985, p. 38-39.

¹³⁹ BARBALHO, João. **Constituição Federal Brasileira: 1891** [comentada]. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002. p. 272

De fato, quando quis o constituinte atribuir com exclusividade à União a prestação de determinados serviços públicos, isso foi feito de forma expressa. É o que se extrai, por exemplo, da literalidade dos incisos X, XI e XII do art. 21 da CF/88:

Art. 21. Compete à União:

X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:)

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:)

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

Aqui, a propósito, abre-se um parêntese para aclarar uma das teses trazidas pelos autores da ADPF e pela própria União, na condição de interessada. A rigor, o que está em discussão é saber se o texto constitucional conferiu ou não à União um regime de privilégio na exploração do serviço público lotérico. Por isso, não se revela tecnicamente adequado o argumento trazido de que a União não teria direito à exploração das loterias porque ausente tal previsão no art. 177 do texto constitucional.

Como amplamente sabido da doutrina e da própria jurisprudência do STF, o art. 177 da Constituição Federal de 1988 trata tão somente do monopólio na exploração de atividades econômicas em sentido estrito e não do chamado regime de privilégio na exploração de serviços públicos. Logo, a rigor, a análise do rol taxativo do art. 177 é de certa maneira irrelevante para a discussão jurídica ora enfrentada.

Por outro lado, também carece de tecnicidade a argumentação trazida pela União de que o caso se aproximaria à discussão sobre o privilégio da União na exploração dos serviços de correios e telégrafos.

É que, embora os serviços de correios e de telégrafos sejam considerados serviços públicos (à semelhança das atividades lotéricas), o regime de privilégio em relação aos serviços de correios e telégrafos só foi considerado compatível com a CF/88 pelo STF no paradigmático julgamento da ADPF 46, porque ali entendeu a Corte Suprema que o art. 21, inciso X, atribuía a prestação da atividade à União. Aliás, tal inteligência pode ser colhida da leitura da ementa do acórdão:

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. EMPRESA PÚBLICA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. PRIVILÉGIO DE ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIAS. SERVIÇO POSTAL. CONTROVÉRSIA REFERENTE À LEI FEDERAL 6.538, DE 22 DE JUNHO DE 1978. ATO NORMATIVO QUE REGULA DIREITOS E OBRIGAÇÕES CONCERNENTES AO SERVIÇO POSTAL. PREVISÃO DE SANÇÕES NAS HIPÓTESES DE VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL. COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL VIGENTE. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 1º, INCISO IV; 5º, INCISO XIII, 170, CAPUT, INCISO IV E PARÁGRAFO ÚNICO, E 173 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E LIVRE-INICIATIVA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ARGUIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO CONFERIDA AO ARTIGO 42 DA LEI N. 6.538, QUE ESTABELECE SANÇÃO, SE CONFIGURADA A VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL DA UNIÃO. APLICAÇÃO ÀS ATIVIDADES POSTAIS DESCRITAS NO ARTIGO 9º, DA LEI. 1. O serviço postal — conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado — não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público. 2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar. 3. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [artigo 20, inciso X]. 4. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo Decreto-Lei n. 509, de 10 de março de 1969. 5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. 6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal. 7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade. 8. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria.

O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 42 da Lei n. 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º desse ato normativo. (ADPF 46, Relator (a): MARCO AURÉLIO, Redator (a) p/ Acórdão: EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-01 PP-00020 RTJ VOL-00223-01 PP-00011).

Aplicando-se a *ratio decidendi* da ADPF 46 à discussão das loterias, o que se deve perquirir é justamente se, à semelhança do que ocorre com os correios e telégrafos, o texto constitucional em algum momento atribui à União a exploração ou ao menos o dever de manutenção das atividades lotéricas. A resposta é absolutamente negativa.

Dentro dessa lógica, o desvendamento da controvérsia em tela perpassa somente verificar, tanto em relação ao texto constitucional pretérito, quanto em relação à Carta vigente, se existe alguma vedação — implícita ou explícita — à exploração das loterias pelos Estados.

Quando da edição do Decreto-Lei 204, de 27 de fevereiro de 1967, encontrava-se ainda vigente a Constituição de 1946. Seu texto continha ainda a fórmula clássica de que “aos Estados se reservam todos os poderes que, implícita ou explicitamente, não lhes sejam vedados por esta Constituição” (art. 18, § 1º). Não se continha nas atribuições da União qualquer referência às atividades lotéricas.

A Constituição de 1967, posterior ao Decreto-Lei 204, também manteve a lógica, prevendo no seu art. 13, § 1º, que “cabem aos Estados todos os poderes não conferidos por esta Constituição à União ou aos Municípios”. Diante desse arco normativo constitucional é que o parecer do ex-ministro Oswaldo Trigueiro, de 1985, resolveu a questão afirmando que:

[...] a Constituição não impede o funcionamento da loteria estadual. Primeiro, porque não atribui esse serviço à União, com exclusividade. Segundo, porque não proíbe de forma expressa, ou simplesmente implícita, a existência das loterias estaduais. (...) Se a União pudesse, por lei ordinária, tornar exclusivo um serviço público que a Constituição não proíbe aos Estados, a autonomia destes estaria reduzida a letra morta; a legislação comum poderia aumentar desmedidamente a área de competência federal, estabelecendo a exclusividade da maioria dos serviços públicos concorrentes ou de exclusividade estadual [...]¹⁴⁰.

Outra não foi senão a fórmula adotada pela Constituição Federal de 1988 ao dispor, no seu art. 25, § 1º, que “são reservadas aos Estados as competências que não lhes

¹⁴⁰ TRIGUEIRO, Oswaldo. **Loteria Estadual**. Revista de Direito Público, n 76, de 1985, p. 38-39.

sejam vedadas por esta Constituição”. Sob o pálio da manutenção tradicional dessa pedra de toque do constitucionalismo republicano brasileiro, não se vislumbra como uma lei federal possa restringir a competência material de exploração de serviço público a determinado ente, sob pena de violação dos pilares do federalismo. Essa mesma conclusão, ressalte-se, foi alinhavada pelo eminente Ministro Luís Roberto Barroso, em parecer sobre a matéria, ao dispor que:

[...] não estando o serviço público de loterias previsto dentre as atividades econômicas (CF, art. 177) e serviços públicos (art. 21, X, XI e XII) reservados expressamente à União pela Constituição da República — não há que se cogitar de monopólio federal sobre ele. Note-se que é despicienda qualquer consideração sobre os motivos que possam ter justificado a edição do Decreto-lei 204/67 — como se fazia necessário à luz da ordem constitucional pretérita — de vez que, presentemente, a legislação infraconstitucional simplesmente não está autorizada a criar monopólios de atividades econômicas ou de serviços públicos [...]¹⁴¹.

Assim, entende-se que não pode uma legislação federal impor a qualquer ente federativo restrição à exploração de serviço público para além daquelas já previstas no texto constitucional.

A “obviedade” desse entendimento, no entanto, titubeia com o caráter longínquo do debate sobre a constitucionalidade das lotéricas estaduais. Sendo tão simples a impossibilidade de lei impor reserva à exploração de serviço público, por que, afinal, o repositório do Supremo Tribunal Federal é permeado por decisões em sentido contrário?

Ocorre que a jurisprudência do STF vinha se limitando a discutir a competência legislativa para regulamentar as atividades de loteria. No julgamento conjunto das ADPF 492 e 493, bem como da ADI 4896, todavia, impôs uma disjuntiva: não foi discutido se a competência para legislar sobre os sistemas lotéricos é da União ou dos Estados. Nessa senda, distinguiu-se a competência administrativa — material — de execução de um serviço público. Esse *distinguishing* é a janela hermenêutica que nos permite revisitar o tema.

Nesse quadrante, 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 própria Constituição.

¹⁴¹ BARROSO, op. cit. p. 269.

Isso se dá não só porque tal realidade cria um desequilíbrio em seu próprio benefício, não autorizado pelo art. 19, III, da Constituição Federal de 1988, mas também em razão de a Constituição não lhe ter atribuído essa autoridade.

Primeiro porque, como já dito, a Constituição não atribui à União essa exclusividade e, segundo, porque não proibiu expressa ou implicitamente o funcionamento de loterias estaduais. Esse cenário atrai a competência residual dos Estados, materializada no art. 25, § 1º, da CF/88, como dito.

Tal dispositivo reserva aos Estados os poderes residuais a eles não vedados pela própria Constituição, preservando, em sua teleologia, a essência da forma federativa de Estado, que se traduz na descentralização do gerenciamento das atividades essencialmente públicas.

Revela a convivência harmoniosa que se espera na relação entre o poder central e os poderes estaduais, aos quais é conferida a competência para criar e administrar seus serviços públicos, conforme sua própria decisão política, com exceção daqueles que lhes são constitucionalmente vetados ou que são conferidos, explícita ou implicitamente, aos Municípios.

Assim, configura-se, a meu ver, verdadeiro abuso da competência de legislar, quando a União valia-se do art. 22, inciso XX, para excluir todos os demais entes federados, da arrecadação que deles provém, ou para restringi-la de forma irrazoável e anti-isonômica, impedindo o acesso a recursos cuja destinação é, pelo texto constitucional, direcionada à manutenção da seguridade social, nos termos do art. 195, III, da CF/88 e, ao menos em nível federal, também aplicados no financiamento de programas na área social e comunitária.

Nesse diapasão, o Decreto-Lei 204/1967, que deveria disciplinar o poder dos Estados de explorarem as modalidades de sorteio admitidas, ao vetar-lhes tais atividades, viola a autonomia desses entes por restringir, mediante norma infraconstitucional, a esfera de competência material estadual residual, sem amparo constitucional. Frise-se que, onde houver competência estadual, seja para a prestação de serviço público, seja para exploração de atividade econômica, não se admite à União esvaziar essa competência, ao tornar criminosa atividade legitimada pela própria Constituição.

A situação anti-isonômica se torna ainda mais patente quando, compulsada a norma que a sustenta, ou seja, o Decreto-Lei 204/1967, verifica-se a possibilidade de exploração dos serviços lotéricos por alguns Estados, ao passo que são de prestação proibida a outros.

Nunca é demasiado lembrar que distinções entre os entes federados são toleradas, desde que previstas no texto constitucional, mas nunca em norma infraconstitucional. A título de exemplo, mencione-se a permissão dada pelo texto constitucional à manutenção dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios existentes ao tempo da promulgação da Constituição, ao passo que vedou a criação de novas Cortes de Contas municipais (Art. 31, § 4º, da CF/88).

Apenas para explorar o argumento, ainda que se considere recepcionado o referido Decreto-Lei, conferindo-se competência privativa à União para explorar a atividade lotérica, haveria nítido processo de inconstitucionalização diante da mudança fática que afeta a norma. A uma, porque não mais existe a justificativa pela qual a referida norma foi criada (os considerandos veiculados no Decreto-Lei 204/1967 ou não mais subsistem, ou adquiriram nova significação na ordem constitucional vigente); a duas, o momento atual evidencia grave crise institucional que afeta as receitas e, conseqüentemente, o equilíbrio orçamentário dos Estados.

A implantação ou retomada da exploração desses serviços pelos entes federados subnacionais constituirão, portanto, importante fonte de recursos para a superação de contingências financeiras contemporâneas, além de constituir, em última análise, importante reforço aos recursos da seguridade social (Art. 195, III, da CF/88).

3.5 Autonomia dos estados-membros: os limites da competência material em matéria de jogos lotéricos

A despeito da previsão constitucional de competência privativa da União para legislar sobre “sistemas de consórcios e sorteios” (art. 22, XX), conforme entendimento e da Súmula Vinculante nº 2¹⁴², a norma não impede o Poder Executivo Estadual de dispor sobre a sua própria organização administrativa ligada à exploração de tais atividades, de modo que eventual descumprimento afetaria de morte o §1º do artigo 25 e do próprio artigo 18 da Constituição Federal.

Isso porque os entes federativos são dotados de autonomia¹⁴³ e são detentores de um rol de competências fixado na Constituição Federal, diretamente. Nessa toada,

¹⁴² “É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias”.

¹⁴³ Segundo CARVALHO FILHO, autonomia, “no seu sentido técnico-político, significa ter a entidade integrante da federação capacidade da auto-organização, autogoverno e autoadministração. No primeiro

convém rememorar a lição de Alexandre de Moraes, atual ministro do Supremo Tribunal Federal, que, em sua conhecida obra “Constituição do Brasil interpretada”, ao comentar o inciso III do art. 19, ensina que:

[...] ao preconizar a impossibilidade de a União, Distrito Federal e Municípios criarem distinções entre brasileiros em razão de sua naturalidade, mais uma vez o legislador consagrou o princípio da igualdade (CF, art. 5º, *caput*, e inciso I). É o denominado princípio da isonomia federativa, cuja finalidade é acentuar a igualdade de todos os brasileiros, independentemente do Estado-membro de nascimento ou domicílio [...].¹⁴⁴

O princípio da isonomia/igualdade compreende tanto pessoas físicas quanto pessoas jurídicas, tanto privadas quanto públicas, a ponto de o referido doutrinador, na mesma obra, dedicar um subtítulo a tratar da vedação à criação de preferências entre os entes federativos, em que invoca decisão do próprio Supremo Tribunal Federal, com base na RTJ 111/930, estampando ementa, assim vazada:

Igualdade entre os Estados-membros. Princípio da não discriminação entre os participantes de concorrência pública. Vedado assegurar preferência a quem esteja sujeito ao pagamento de ICM ou ISS no Estado e que se faz a licitação.

Daí ser lícito afirmar que a conjugação entre o inciso III do art. 19 e o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, aliados e, *in casu*, vinculados ao núcleo do princípio do pacto federativo, veda que se confira tratamento discriminatório entre os entes da Federação, de modo a, por consequência, impedir a exploração dos serviços lotéricos em determinados Estados em detrimento de outros.

Portanto, é vedado e inexistente exclusividade para exploração de modalidades de “sorteios” ou concursos de prognósticos no Brasil. No entanto, a ausência de exclusividade não permite, com total largueza, a exploração das modalidades de jogos pelos entes federados. Os limites impostos pelo legislador foram matéria de debate no STF, motivando, inclusive e principalmente, a edição da Súmula Vinculante nº 2, matéria suscitada em linhas anteriores, cuja fundamentação e alcance merece destaque, conforme exposto no tópico seguinte.

caso, a entidade pode criar seu diploma constitutivo; no segundo, pode organizar seu governo e eleger seus dirigentes; no terceiro, pode ela organizar seus próprios serviços”. In **Manual de Direito Administrativo**. 30 ed. Ver., atual. E ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 6.

¹⁴⁴ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 648.

3.5.1 Loterias estaduais e a Súmula Vinculante nº 2

No ano de 2007 foi editada, pelo Supremo Tribunal Federal, a Súmula Vinculante nº 2. Seu efeito normativo¹⁴⁵ pacificou o entendimento de que cabe à União, privativamente¹⁴⁶, legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios, incluindo as loterias, proporcionando o advento de outro cenário normativo e consistente: a presunção de constitucionalidade de leis estaduais que criaram suas loterias antes do Decreto-lei nº 204/1967¹⁴⁷. Neste cenário, inserem-se vários Estados brasileiros.

Explica-se: os estados que possuíam uma norma (Lei ou Decreto Estadual), dispondo sobre a criação de loteria estadual para explorar jogos (concursos de prognósticos numéricos), editada antes do ano de 1967¹⁴⁸, viram-se, no ano de 1993, com uma nova lei federal que criava outra modalidade de jogo, o bingo. A nova norma atribuía aos estados a competência para normatizar e fiscalizar esse mercado:

Art. 57. As entidades de direção e de prática desportiva filiadas a entidades de administração em, no mínimo, três modalidades olímpicas, e que comprovem, na forma da regulamentação desta lei, atividade e a participação em competições oficiais organizadas pela mesma, credenciar-se-ão na Secretaria da Fazenda da respectiva Unidade da Federação para promover reuniões destinadas a angariar recursos para o fomento do desporto, mediante sorteios de modalidade denominada Bingo, ou similar.

§1º O órgão competente de cada Estado e do Distrito Federal normatizará e fiscalizará a realização dos eventos de que trata este artigo.

Os Estados, para atender referida norma federal, alteraram as respectivas leis estaduais, incluindo os bingos e similares no portfólio da legislação que dispunha sobre a loteria.

¹⁴⁵ Súmulas vinculantes têm efeito normativo. “[...] Lembre-se que, nos termos da Lei nº 9.882/99, em seu art. 1º, qualquer ato do poder público (e a súmula não deixa de ser ato dessa natureza) poderá ser objeto

¹⁴⁶ Art. 22, inc. XX da Constituição Federal.

¹⁴⁷ BRASIL. **Decreto nº 204 de 27 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a exploração de loterias e dá outras providências. [Sic] Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0204.htm. Acesso em: 28 out. 2021. “Art. 32. Mantida a situação atual, na forma do disposto no presente Decreto-lei, não mais será permitida a criação de loterias estaduais. [...] 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.

¹⁴⁸ Em atendimento ao BRASIL. **Decreto nº 204 de 27 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a exploração de loterias e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_02/Decreto-Lei/1965-1988/Del0204.htm. Acesso em 5 out. 2011 e BRASIL. **Decreto-Lei nº 6.259 de 10 de fevereiro de 1944**. Dispõe sobre o serviço de loterias, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del6259.htm. Acesso em: 05 nov. 2021.

Ocorreu que a referida lei, que abrigava a modalidade de bingo e a conferia aos estados-membros foi revogada (em parte) pela Lei Pelé¹⁴⁹, passando a conferir com exclusividade à União a modalidade dos “bingos”, a título de serviço público. A modalidade seria executada, direta ou indiretamente, pela Caixa Econômica Federal, subtraindo-se dos estados, em tese, tal direito. A mudança brusca (sem a consulta aos estados-membros) foi observada na Lei Pelé nos seguintes termos:

Art. 59. A exploração de jogos de bingo, serviço público de competência da União, será executada, direta ou indiretamente, pela Caixa Econômica Federal em todo o território nacional, nos termos desta Lei e do respectivo regulamento.

Não bastasse esse imbróglio histórico, o artigo 59 da Lei nº 9.615/1998 foi revogado pela Lei nº 9.981/2000:

Art. 2º. Ficam revogados, a partir de 31 de dezembro de 2001, os arts. 59 a 81 da Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, respeitando-se as autorizações que estiverem em vigor até a data da sua expiração.

Com essas inovações legislativas, a modalidade “bingo”¹⁵⁰ foi excluída do ordenamento jurídico federal. No entanto, os Estados de Santa Catarina, Goiás, Pernambuco, Paraíba, Ceará, Alagoas, Minas Gerais e outros¹⁵¹, incluindo o Distrito Federal, não atualizaram suas legislações para se coadunarem com o novo ordenamento jurídico federal¹⁵², que, a partir daquele momento (ano de 2000), não mais continha lei federal autorizando a exploração da modalidade “bingo”.

Tais modificações e a inércia dos estados-membros em suas leis estaduais, sem uma lei federal de lastro (considerando, aqui, a competência privativa da União para legislar inovadoramente sobre a matéria “consórcios e sorteios”), atraíram a inconstitucionalidade para esta parte, apenas, das normas estaduais.

¹⁴⁹ BRASIL. **Lei nº 9.615 de 24 de março de 1998**. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19615consol.htm. Acesso em 5 nov. 2021.

¹⁵⁰ Modalidade em que a aposta se submete a um resultado aleatório/ocorre com a extração de uma ou mais esferas (bolas), representativas de um número ou símbolo, dentre tantas que se encontram num globo, cubo ou ambiente restrito, para obtenção de um resultado aleatório, cujo prêmio, em regra, é rateado entre as apostas, podendo ser definido previamente na regra o modelo de jogo bancado (*fixe odds*).

¹⁵¹ Referência aos que adaptaram suas legislações estaduais à Lei Zico, para abrigar o “bingo”, em atendimento ao artigo 57 da Lei nº 8.672/1993.

¹⁵² Art. 22, inc. XX da BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**.

Por esse motivo, as leis estaduais que, a partir da vigência da Lei nº 9.981/2000, permitiam a exploração da modalidade “bingo”, foram objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade por ofensa ao artigo 22, inc. XX, da Constituição Federal de 1988.

3.5.1.1 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade

Dito isso, a consequência, como é ressabido, da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, propiciou o efeito *ex tunc* (e vinculante). Atingiu, assim, as situações pretéritas, pois a lei declarada inconstitucional é nula, sendo possível, apenas excepcionalmente, conferir efeitos *ex nunc* ou para o futuro se presentes as hipóteses contempladas pelo artigo 27 da Lei nº 9.868/1999¹⁵³.

Como as leis estaduais¹⁵⁴ haviam revogado a lei anterior, que criou a loteria estadual antes do Decreto-Lei nº 204/1967¹⁵⁵, e ao final fora declarada inconstitucional pelo STF, a original (a lei revogada) volta a vigorar no plano jurídico, dado que voltou a ser válida e eficaz.

Ocorre que, nesses casos, não se está diante, por conseguinte, da repristinação, vedada pela Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro. Trata-se, na realidade, dos efeitos repristinatórios da declaração de inconstitucionalidade; afinal, novidade não é na doutrina¹⁵⁶ - e principalmente na jurisprudência do STF - o reconhecimento da existência do efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade, conforme disposto nas ADI's nº 2.575, nº 2.028 e nº 2.036, entre outras.

A restauração oficial das leis instituidoras da respectiva “loteria estadual”, que foram expressamente revogadas (em parte ou no todo) pela lei posterior que incluiu o bingo, proporciona, como dito anteriormente, o advento de um cenário normativo que consiste na presunção de sua constitucionalidade.

A Súmula Vinculante nº 2 não afasta (até porque não poderia) a competência dos estados para explorar as modalidades de jogos autorizadas por Lei Federal, atualmente administradas pela Caixa Econômica Federal por delegação do Ministério da

¹⁵³ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

¹⁵⁴ Editadas após a Lei Zico, e que tratavam de bingo.

¹⁵⁵ Só com os concursos de prognósticos, sem a modalidade bingo.

¹⁵⁶ Cf. obras de Clémerson Merlin Clève, Alexandre de Moraes, Zeno Veloso *et al.*

Economia¹⁵⁷. No entanto, as modalidades afetas às loterias estaduais são aquelas previstas em Lei Federal, enquanto manter-se o entendimento do STF sobre o conceito do termo “sorteio”, previsto no artigo 22, inciso XX, da Constituição Federal.

3.6 Alguns esclarecimentos: concursos de prognósticos legalizados pela União

Os produtos lotéricos, ou seja, as modalidades que os entes federados podem explorar, são aqueles legalizados pela União, desde que:

[...] se utilize das mesmíssimas normas federais de regência do tema, com adaptações apenas de ordem mecânica ou linear; isto é, adaptações ditas pelas naturais diferenças de organização administrativa de cada uma dessas pessoas federadas periféricas [...].¹⁵⁸

Em pesquisa¹⁵⁹ na legislação federal de regência, consta o registro de que a União criou algumas modalidades, a exemplo do previsto Lei nº 13.756/2018, referente às “apostas de quota fixa em eventos esportivos – apostas esportivas”; da Lei nº 13.155/2015, que institui a “Lotex”, bem como a Lei nº 6.717/1979 e respectivas portarias que trataram da “loteria de números”; o Decreto-Lei nº 594/1969 e Decreto nº 66.118/1970, que trataram da “loteria esportiva”; ou relativo aos concursos de prognósticos esportivos denominados “loto, loteca e lotogol”, que são regulamentadas pela Circular nº 678/2015, com amparo no Decreto-Lei nº 594, e ainda da Lei nº 11.345/2006 e Decreto nº 6.187/2007, que criou a loteria de prognóstico específico, denominada de “Timemania”.

3.7 Modalidades lotéricas legalizadas pela União

As modalidades lotéricas legalizadas pela União se encontram elencadas no artigo 14, §1º da Lei Federal nº 13.756 de 12 de dezembro de 2018, *in verbis*:

§1º Consideram-se modalidades lotéricas:

¹⁵⁷ Incorporado pelo Ministério da Economia a partir de 2019.

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 2847/DF**. Relator: Ministro Carlos Veloso. Brasília, DF, 5 de agosto de 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266940>. Acesso em: 7 nov. 2021. Voto do Ministro Ayres Britto.

¹⁵⁹ Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/legislacao/legislacao-sobre-loterias>. Acesso em 7 nov. 2021.

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.

A elas, acrescenta-se a modalidade denominada de “apostas de quota fixa”, consoante se infere da leitura do artigo 29 da mesma lei:

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.

3.7.1. Inovações tecnológicas da Loteria da União e aplicação nos estados-membros

Recentemente, a União criou a “Loteria *on-line* da Caixa” (www.loteriasonline.caixa.gov.br), disponibilizando seus jogos em formato não físico. Os benefícios que acompanham esta estratégia comercial, seja pelo baixo custo na distribuição, bem como pela desnecessidade de fazer a impressão e armazenamento dos bilhetes, sem falar na informação precisa quanto a quem, quando e onde está sendo feita a aposta, são evidentes.

O acerto da Loteria Federal (instituição), representada que é pelo banco do governo, Caixa Econômica Federal, sob fiscalização da SECAP¹⁶⁰, do Ministério da Economia), ao intitular a novidade como Loteria *on-line* da Caixa, evidencia-se no fato de que, a rigor teórico, não há “jogos *on-line*”.

Tratam-se, na realidade, de determinados concursos de prognósticos/jogos, disponibilizados em formato físico ou não físico, de tal sorte que a oferta *on-line* nada mais é do que uma estratégia comercial para entregar o produto (bilhete para concorrer ao sorteio) em formato *on-line*, ou, como prefere o autor, em formato não físico.

De partida, evidencia-se que a Loteria *on-line*, assim considerada aquela que disponibiliza seus produtos em formato não físico, através da *internet*, é a alternativa que melhor atende ao princípio da eficiência, observando-se um dos postulados constitucionais norteadores da atuação da administração pública.

Pode-se afirmar que a loteria *on-line* deve ser a forma preferida pelo gestor público para a exploração desse mercado, considerado pela lei como uma prestação de serviço público, de tal forma que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de concorrência pública, a obrigação de manter a prestação adequada de serviços públicos, nos termos do artigo 175, inc. IV, da Constituição Federal de 1988.

Em razão do comando constitucional supracitado (art. 175 da Constituição Federal, a União editou a Lei Federal nº 8.987/1995, a qual tratou do tema concessão e permissão da prestação de serviço público, obrigando a adoção de tal forma que sejam satisfeitas as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade tarifária. Para boa compreensão da afirmativa, segue a parte da lei referida:

¹⁶⁰ Secretaria de Avaliação, Planejamento, Energia e Loteria – que sucedeu a Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria -, vinculada à Secretaria Especial de Tesouro e Orçamento (que, por sua vez, é vinculada ao Ministério da Economia). Atua em quatro eixos:

- Avaliação de Políticas públicas e seus impactos sobre os indicadores econômicos e sociais e sobre a concessão de benefícios financeiros, creditícios e tributários
- Planejamento Governamental, estabelecendo diretrizes e normas para o planejamento do Governo Federal:
- Formulação e acompanhamento de políticas públicas do setor de energia, exercendo as competências relativas à promoção da concorrência; e
- Governança de prêmios e sorteios, executando a regulação de loterias, promoção comercial e captação antecipada de poupança popular, com vistas à defesa da concorrência. Informações disponíveis em: <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/orgaos/secretaria-de-avaliacao-planejamento-energia-e-loteria> . Acesso em 7 nov. 2021.

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

[...]

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação; [...]

X – estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio-ambiente e conservação;

XI – incentivar a competitividade; e¹⁶¹

Deve ser considerado que, explorada diretamente pelo ente estatal (modelo da Loteria do Piauí até junho de 2017 ou a “raspadinha” do Rio de Janeiro durante período que compreendeu o ano de 2018), ou indiretamente pela iniciativa privada, como a distribuição dos produtos da Caixa, realizado pelos agentes lotéricos, o serviço público em comento deve ser sempre adequado, satisfazendo as condições de eficiência, regularidade, modernidade e atualidade, compreendendo assim a modernidade de técnicas, do equipamento e das instalações, bem como a melhoria e a expansão dos serviços, conforme prevê o §2º do artigo 6º da Lei de Concessões e Permissões da Prestação de Serviços Públicos (a Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995).

A premissa da Lei Federal supra é a de que o gestor da loteria deve perseguir a modernidade para tornar eficiente a prestação do serviço e obter melhor resultado. Adota-se, para tal, a Teoria Evolutiva da Norma, conforme ensina Celso Ribeiro Bastos, amparado por Konrad Hesse, Felice Battaglia e Smend, resgatado por Péricles Prade em parecer encomendado pela ABLE, a propósito da atração da realidade temporal do momento de incidência da interpretação:

[...] o desenvolvimento técnico da ciência em geral, com as repercussões que acarretam na vida do indivíduo em sociedade, e que a legislação muitas vezes não é capaz de acompanhar, acaba por propiciar um substrato favorável ao desenvolvimento da interpretação evolutiva. Esta forma de interpretação

¹⁶¹ BRASIL. **Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm . Acesso em 7 nov. 2021.

baseia-se na realidade para, a partir dela, mas sem se descuidar dos limites normativos do texto legal, chegar a resultados mais satisfatórios do ponto de vista do nível evolutivo em que se encontra a sociedade [...].

Sob pena de não se ter um serviço moderno, eficiente e atualizado a teor da exigência da Lei Federal, a conclusão que se chega facilmente, a partir das experiências internacionais e da experiência da LOTEPI¹⁶², por exemplo, é a de que a disponibilização dos “jogos” em formato não físico, utilizando a *internet* para sua comercialização, é a forma mais adequada para proteger o “apostador”, seja para assegurar o pagamento do prêmio, mas principalmente para prevenir a *ludopatia*¹⁶³ e, eventualmente, responsabilizar os infratores¹⁶⁴.

Para ilustrar, registra-se que recentemente o Ministério Público do Piauí requereu à empresa que prestava o serviço tecnológico à loteria daquele estado – LOTEPI, informações sobre determinada pessoa que podia ter feito alguma aposta nos produtos da loteria. Por se tratar da primeira Loteria *on-line* do Brasil¹⁶⁵, foi acionada a empresa prestadora e desenvolvedora da plataforma para o serviço, Vertical Tecnologia S.A. Após alguns instantes, o requerimento foi atendido e as informações sobre aquele cidadão (pelo número do CPF registrado quando da primeira aposta), quanto ao montante pago, frequência de apostas, eventuais prêmios e do local em que fez as apostas, foram disponibilizadas. Demonstrou-se a eficiência do que o Governo do Piauí adotou o nome de “LotoShow”¹⁶⁶.

Ora, foi uma experiência inédita no Brasil. É a única forma (talvez a mais eficiente delas) de obter essas informações, instantaneamente, e proteger de eventual compulsão pelo jogo, criar limites de apostas e ter informação célere de toda movimentação financeira decorrente da operação lotérica.

A eficiência, aliada ao baixo custo da operação, torna a Loteria, mais do que nunca, uma fonte de receita imprescindível para os Governos Federal, estaduais e do Distrito Federal.

¹⁶² Loteria do Estado do Piauí (LOTEPI).

¹⁶³ Ludopatia é um transtorno reconhecido pela Organização Mundial da Saúde (OMS) na sua classificação Internacional de Doenças, o qual afeta as pessoas de forma patológica, as quais ficam reféns da compulsão pelo jogo.

¹⁶⁴ No Brasil, a responsabilização por danos materiais e morais, em favor do ludopata, não é especificamente regulamentada.

¹⁶⁵ Governo do Piauí lança 1ª loteria estadual virtual do Brasil. **Portal Costanorte**. Disponível em <https://portalcostanorte.com/governo-do-piaui-lanca-1a-loteria-estadual-virtual-do-brasil/>. Acesso em 7 nov. 2011.

¹⁶⁶ Disponível em: <https://www.gamesbras.com/temas/lotoshow-1197.html>. Acesso em 7 nov. 2021.

A rigor da lei, os estados e o Distrito Federal podem explorar as modalidades de loterias de prognósticos numéricos, loterias de prognósticos esportivos, passiva e loteria instantânea, conforme conceitos acima expostos, com alterações apenas de “ordem mecânica ou linear”¹⁶⁷, preferencialmente adotando métodos de aferição dos investimentos sociais dos referidos recursos, para justificar a sua existência e responder aos questionamentos dos órgãos de controle, a exemplo da “*Social Solutions*” para o projeto da Lotep (loteria estadual da Paraíba).

A partir de agora, analisar-se-á o direito estrangeiro relativo a alguns países que exploram atividade lotérica no mundo, com o fito de extrair quais as maiores preocupações e as regras basilares. A intenção é perquirir, ao final, lições para a regulação das loterias no Brasil, o que pode influenciar os projetos em andamento.

¹⁶⁷ Referência aos termos usados pelo Ministro Ayres Brito no STF, durante julgamento das Adin’s das Loterias Estaduais.

4 REGULAÇÃO DA ATIVIDADE LOTÉRICA À LUZ DO DIREITO ESTRANGEIRO

4.1 Metodologia de análise: países pesquisados e foco da pesquisa

O foco do presente capítulo é a análise da regulação da exploração dos jogos de lotéricos no direito estrangeiro. Antes de iniciar-se a exposição, afigura-se necessário fazer explanações a respeito de algumas questões de cunho metodológico.

Destaca-se, primeiramente, que a pesquisa realizada não é de direito comparado, mas de direito estrangeiro. Apesar de estudar-se sistemas de direito de outros países, não se tem aqui a pretensão de compará-los ao ordenamento jurídico brasileiro, mas sim de analisar modelos normativos para eventual adoção em território nacional.¹⁶⁸ Isso porque, a comparação entre sistemas é relevante, mas bastante limitada, pois desconsidera o contexto peculiar a cada país. Assim, o foco deste capítulo é a exposição de regras do direito estrangeiro que são modelos e podem ser, potencialmente, adotadas no Brasil.

Em segundo lugar, destaca-se que foi encontrada uma certa dificuldade de encontrar normas de regularão específicas de loterias em outros países. Na realidade, muitos estados nacionais abordam a regulação à luz de um contexto mais geral, abordando-se os jogos de azar como um todo. Contudo, tentou-se fazer um corte e valer-se de normas mais específicas de loterias, a fim de imprimir maior precisão metodológica ao trabalho.

Ademais disso, focou-se na análise da forma como os jogos lotéricos são autorizados e explorados em outros países. Juntamente com a forma de autorização e as questões inerentes a ela, como os requisitos para obter a autorização e a fiscalização da atividade, intentou-se trazer apontamentos sobre as principais regras regulatórias desse setor em cada ordenamento analisado.

É também importante expor os motivos que ensejaram a escolha dos países analisados, cujos sistemas investigados podem ser separados em dois grupos.

¹⁶⁸ Como bem explica Juliano HEINEN, a pesquisa de direito estrangeiro não é em nada similar à pesquisa de direito comparado: “o estudo do direito de outra nação, como um modelo de solução ao nosso sistema jurídico, não pode ser considerado ‘direito comparado’, mas sim, está-se a fazer um estudo de direito estrangeiro” (HEINEN, Juliano. Método de direito comparado: desenvolvimento e perspectivas contemporâneas. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, 2017, v. 27, n. 2, p. 168).

A escolha adveio da disponibilidade de informações na *internet* sobre cada país, da maior facilidade na compreensão do sistema jurídico e das normas do setor, bem como da relevância da regulação existente daquele sistema.

Feitas essas considerações de natureza metodológica, passa-se à análise do direito estrangeiro.

4.2 Objetivos da regulação dos jogos

A regulação dos jogos (de azar) possui objetivos específicos que a justificam e a compreensão dos fins perseguidos pela regulação auxilia na compreensão do sistema jurídico de cada país. De modo geral, pode-se citar, ao menos, quatro objetivos que são perseguidos com a regulação da exploração de jogos de azar: (i) probidade, (ii) integridade, (iii) economia e (iv) desenvolvimento.¹⁶⁹

A busca pela probidade significa reprimir a prática de atividades criminosas dos jogos de azar, isto é, a exploração não autorizada e fora das regras e parâmetros estabelecidos pelo regulador. Também significa a criação de regras para evitar o cometimento de crimes por meio dos cassinos, especialmente pelo crime organizado.¹⁷⁰

A regulação também visa a garantir a integridade do jogo oferecido pelos exploradores dessas atividades, de modo que ele seja justo e íntegro, e não manipulado. A integridade do jogo é essencial para propiciar o desenvolvimento econômico da atividade, pois não existe atratividade para os usuários de jogos lotéricos que possuem jogos sabidamente manipulados. Nesse contexto, são criadas regras também para a segurança dos produtos de jogos de azar, bem como para o controle de seu impacto social.

Além disso, a regulação tem uma forte carga econômica, o que pode ser observado em dois aspectos, pelo menos. De um lado, o aspecto fiscal e arrecadatório do Estado, já que a regulação é desenvolvida com vistas a permitir a fiscalização e o controle da arrecadação de receitas públicas devidas pela exploração dos jogos. De outro lado, a construção de sistemas regulatórios atentos à probidade, integridade e desenvolvimento tem o potencial de produzir impactos econômicos na atividade comercial dos operadores de jogo.¹⁷¹ Por isso, os reguladores devem sempre ter consciência de um panorama

¹⁶⁹ COHEN, Peter. Beyond the obvious – the economic role of the gambling regulator. **Gaming Law Review and Economics**. Volume 18, n. 2. New Rochelle, 2014, p. 174.

¹⁷⁰ MASINGILL, Catherine C. *Jumpin Ship: why the dockside “vessel” requirements for casinos should be abandoned*. **Gaming Law Review**, volume 24, n. 2, New Rochelle, 2020, p. 104.

¹⁷¹ COHEN, Peter, 2014, p. 173.

econômico mais amplo e das consequências de suas decisões.¹⁷² Assim, as decisões tomadas para cumprir os objetivos regulatórios devem ser balanceadas com suas consequências econômicas.

Por último, a regulação dos jogos de azar é, frequentemente, acompanhada de um objetivo desenvolvimentista, seja ele específico a um setor, com o turismo, seja ele mais amplo, de modo a alcançar diversos aspectos do país, região ou cidade em que o jogo será liberado e/ou estimulado. Com efeito, a construção do sistema regulatório, com estabelecimento de regras e imposição de obrigações aos operadores é, em grande parte das vezes, orientada ao alcance dessa meta de desenvolvimento. Exemplo disso é Portugal, em que a Lei de Jogos nacional coloca como objetivo da atividade de jogos de azar o desenvolvimento turístico do país.

Cada país prestigia um ou mais desses fins da regulação, de acordo com suas necessidades e escolhas políticas. É certo, entretanto, que não existem modelos que buscam apenas um desses objetivos, havendo a intenção de concretizar conjuntamente vários deles. Tal propósito demanda um esforço para equilibrar diversos interesses presentes, frequentemente conflitantes entre si.

Em matéria de jogos, três são os modelos genéricos conhecidos, a saber (i) modelo proibitivo; modelo de proteção do jogador (ii); e (iii) modelo de proteção dos interesses governamentais.¹⁷³ A escolha entre esses três é política e decorre, geralmente, do contexto cultural e sócio-político de cada país.

O modelo proibitivo simplesmente proíbe os jogos, por considerá-los prejudiciais. O motivo da proibição pode variar para cada local, pode ser religioso, moral ou simplesmente pragmático.

Por sua vez, o modelo de proteção do jogador autoriza o jogo, mas se preocupa, especialmente, com os malefícios dessa atividade, apesar de a considerar inevitável e entender que a sua proibição é insuficiente para a sua eliminação. Assim, legalizar e controlar o jogo mediante a regulação é entendida como uma forma de mitigar os custos sociais do jogo.

Por fim, o modelo direcionado à proteção dos interesses governamentais tem por objetivo principal proteger os interesses econômicos do poder público, que abrangem os tributos, proteção de postos de trabalho, fomento ao turismo, investimentos, urbanização

¹⁷² COHEN, Peter, 2014, p. 174.

¹⁷³ CABOT, Anthony N.; MILLER, Keith C. **The Law of Gambling and Regulated Gaming**: cases and materials. 2º e, Durham: Carolina Academic Press, 2016, p. 68.

e desenvolvimento de um modo geral. Nesse modelo, o jogo é rigorosamente controlado e regulado para desincentivar os aspectos criminais e suspeitos, tipicamente associados aos jogos de azar, para garantir o desenvolvimento econômico pleno da atividade. Esse modelo é utilizado pelo Estado de Nevada, que prevê a indústria do jogo como de “vital importância para a economia do Estado e o bem-estar geral de seus habitantes”.¹⁷⁴

Tal como os fins perseguidos pelo Estado, os modelos de regulação, evidentemente não são puros e não perseguem apenas os seus objetivos principais, sendo comum que modelos regulatórios que tenham a finalidade de proteger principalmente os interesses governamentais também protejam os jogadores. A importância maior de apontar a existência dos três modelos principais de regulação de jogos é destacar de que forma podem ser implantados os objetivos da regulação deste setor.

Note-se que os fins almejados com a regulação da exploração de jogos de azar são variados, o que muitas vezes gera situações de aparente contração interna do sistema regulatório.

4.3 Notas sobre o modelo de regulação francês

No ordenamento jurídico francês, toda a matéria de jogos é disciplinada na legislação infraconstitucional. Não há, na Carta Magna daquele país, qualquer disposição acerca do tema. Nesse contexto, o arcabouço normativo aplicável aos jogos é delineado por vários atos normativos – o que, além das leis e leis orgânicas, abrange algumas *ordonnances*¹⁷⁵ - e infralegais, a exemplo dos decretos e atos regulamentares editados pelas autoridades de regulação e supervisão de jogos.

Na legislação francesa, há uma proibição genérica para qualquer atividade de organização ou exploração de jogos. O tema é considerado tão sensível naquele país que é disciplinado no Código de Segurança Interna¹⁷⁶, sendo objeto de um título inteiro daquele diploma, situado dentro do livro dedicado às “polícias administrativas especiais”.¹⁷⁷ Contudo, essa proibição genérica é excepcionada ou arredada pelo próprio

¹⁷⁴ “The Gaming Industry is vitally important to the economy of the state and the general welfare of the inhabitants” (Nevada Rev. Stat. §463.0129: Public Policy of State Concerning Gaming. Licence or Approval, Revocable Privilege).

¹⁷⁵ No direito francês, as *ordonnances* (ordens) são atos editados pelo Poder Executivo mediante delegação do Poder Legislativo, em geral, por tempo limitado. Trata-se, grosso modo, de figura similar à lei delegada, existente no ordenamento jurídico brasileiro, embora muito pouco utilizada.

¹⁷⁶ Lei nº 2011-267, de 14 de março de 2011.

¹⁷⁷ Dentro do *Code de la sécurité intérieure*, os jogos são disciplinados no título II do livro III, mais precisamente nos arts. 321-1 a 324-10.

Código e por outras leis especiais, que preveem hipóteses de jogos permitidos e, inclusive, estabelecem regras para sua exploração.

Assim como vem ocorrendo em vários países da União Europeia¹⁷⁸, o legislador francês confere tratamento separado para os jogos *in loco* (ou seja, aqueles cujos bilhetes e apostas são comercializados em pontos de venda físicos)¹⁷⁹ e os jogos *online* (realizados por meio de sítios da internet de propriedade dos operadores licenciados). Em linhas gerais, os jogos *in loco* têm como norma-base o próprio Código de Segurança Interna, enquanto os jogos *on-line* são disciplinados pela Lei nº 2010-476, de 12 de maio de 2010, que foi elaborada em sintonia com as recomendações formais da Comissão Europeia.¹⁸⁰ Dentro desses grupos, contudo, cada modalidade de jogos conta com leis, decretos ou regulamentos especiais.

No que se refere às loterias, o Código de Segurança Interna as define de forma bastante analítica¹⁸¹ e reafirma a regra geral de que elas, enquanto modalidade de jogos, são, a princípio, proibidas. Contudo, o mesmo *Codex* prevê expressamente um rol de loterias que não estão albergadas por essa vedação: as loterias com fins publicitários ou de promoção comercial¹⁸²; as loterias destinadas a angariar recursos para caridade, incentivo às artes ou financiamento de atividades esportivas sem fins lucrativos; os bingos tradicionais organizados em círculo restrito para fins sociais, culturais, científicos, educacionais, esportivos ou sociais; as loterias oferecidas ao público durante feiras; e as loterias ou sorteios em programa de televisão e rádio (artigos 322-2 a 322-7).

Outra exceção à regra geral de proibição, mais relevante do que estas, é a da loteria nacional. Tal modalidade é disciplinada por diploma especial, o Decreto nº 78-1067, de 9 de dezembro de 1978, no qual se estabelece que a organização e operações dos jogos de

¹⁷⁸ A convergência dos países da União Europeia em relação à matéria teve impulso determinante na publicação do “Livro Verde sobre o jogo em linha no mercado interno”, publicado em 2011 pela Comissão Europeia. No documento, apresentou-se um panorama do mercado de jogos *on-line* nos países membros, identificando-se os desafios e indicadas algumas diretrizes iniciais para a regulação do tema.

¹⁷⁹ Os jogos *in loco* são também referenciados na literatura internacional e definidos em algumas leis nacionais estrangeiras (como a de Portugal) como “jogos de base territorial”.

¹⁸⁰ Trata-se aqui das “Recomendações da Comissão”, de 14 de julho de 2014, sobre princípios com vistas à proteção dos consumidores e dos utilizadores e serviços de jogo em linha e à prevenção do acesso dos menores aos jogos de azar em linha”. Tal documento foi um dos desdobramentos do Livro Verde, anteriormente referenciado.

¹⁸¹ “Art. 322-2. São consideradas loterias e como tais proibidas: as vendas de imóveis, móveis ou bens por meio aleatório, ou aqueles que os prêmios ou outros lucros devidos, mesmo parcialmente, forem coletados aleatoriamente e, em geral, todas as operações oferecidas ao público, sob qualquer denominação, que deem origem à expectativa de um ganho que seria devido, mesmo que parcialmente, ao acaso, e para o qual um sacrifício financeiro é exigido dos participantes pelo operador”.

¹⁸² De modo semelhante ao que ocorre no Brasil, nas quais esse tipo de ação é disciplinado pela Lei nº 5.768, de 20 de dezembro de 1971, na França, elas são tratadas como “loterias publicitárias” e reguladas pelo Código do Consumidor como práticas comerciais.

loterias é de competência exclusiva da *La Française des Jeux* (LDJ), uma empresa estatal constituída sob a forma de companhia aberta, cujos estatutos são aprovados pelo Ministro do Orçamento e pelo Ministro da Economia e Finanças (art. 17).

Por força desse decreto, a LDJ detém o monopólio da exploração das loterias e sorteios, instantânea e esportiva na França, desfrutando, assim, de uma condição muito parecida com a da Caixa Econômica Federal no Brasil. Para viabilizar sua atuação, a LDJ conta com uma rede de revendedores, que estão sujeitos a procedimentos criteriosos de credenciamento. Podem se candidatar a atuar como revendedores as pessoas jurídicas devidamente registradas perante o Registro do Comércio, não sendo necessário que elas exerçam essa comercialização dos jogos e apostadas da FDJ em caráter exclusivo.¹⁸³

Ainda que sujeita ao regime de monopólio, a atividade da FDJ está sujeita à regulação e à supervisão do Ministério de Assuntos Internos. É da competência desta Pasta a emissão de licenças de operação para as loterias *in loco* de modo geral – aí incluídas aquelas modalidades específicas expressamente permitidas pelo Código de Segurança. Além disso, a FDJ está sujeita às normas baixadas pelo Ministério do Orçamento e pelo Ministério da Economia e Finanças, aos quais a empresa está vinculada.

Por outro lado, em se tratando de jogos online, o quadro é completamente diferente. De acordo com a Lei nº 2010-476, esse mercado é aberto à iniciativa privada – estando, assim, sujeito ao regime de exploração concorrencial. Logo, embora também atue nessa modalidade, a FDJ não goza de privilégios, estando sujeita ao procedimento de licenciamento definido na lei para todos os agentes. Para se habilitar à exploração dessa atividade, o agente operador deve ter sua sede e um dos países da União Europeia ou em um país do Espaço Econômico Europeu que tenha celebrado com a França tratado ou acordo internacional para prevenção e combate da evasão fiscal.

O mercado de jogos *on-line* está sujeito à regulação e à supervisão da *Autorité de Régulation des Jeux en Ligne* – ARJEL, uma autoridade administrativa independente francesa criada pela Lei nº 2010-476. Dentre outros, compete à ARJEL cumprir os objetivos da política de apostas por meio eletrônico, emitir as licenças de operação para novos entrantes, supervisionar as operações de jogo *on-line* e atuar no combate a *sites* ilegais e fraudulentos.¹⁸⁴

¹⁸³ Na França, é permitida, por exemplo, a atuação de bares e tabacarias como revendedores de produtos lotéricos.

¹⁸⁴ Cf. art. 34 da Lei nº 210-476, de 12 de maio de 2010.

Em 2021, o governo francês introduziu uma série de regras de proteção ao jogador, em uma tentativa de criar um ambiente de jogo mais seguro. Permite-se, inclusive, que a agência reguladora francesa retire qualquer estratégia comercial se incitar direta ou indiretamente menores ou pessoas proibidas de jogar ou envolver um incentivo excessivo para jogos de azar”¹⁸⁵.

As medidas foram voltadas a “limitação do potencial de risco de dependência” e visam “avaliar o potencial de dependência da oferta de jogo e sua atratividade para menores, antes e depois de oferecê-la”. Para fazer essas avaliações, o governo francês sugeriu que os operadores usem a Asterig (Ferramenta de avaliação para medir e avaliar o potencial de risco de produtos de jogo). Diz-se que isso dará aos operadores a chance de analisar a plataforma e as características estruturais dos jogos.

A agência reguladora francesa tem lutado constantemente contra o vício em jogos de azar (incluídos os lotéricos), impondo e fazendo cumprir uma série de medidas em relação à segurança dos jogadores, tais como a) limitação de apostas, b) limitação do fornecimento de conta, c) limitação do tempo de jogo, d) mecanismos de autoexclusão, e) verificar sistematicamente a idade dos clientes em cada abertura de conta e em cada visita ao site do operador, f) certificar-se de que a idade do jogador coincide com a do titular da conta de pagamento, g) mencionar permanentemente a proibição dos jogos de azar para menores nas páginas do site.

Ademais disso, os requisitos regulamentares para operadores não licenciados foram recentemente ajustados pela agência reguladora francesa, em um esforço para impedir que os consumidores franceses sejam abordados ilegalmente. Como resultado, uma lista de proibições de sites e portais de jogos ilegais foi lançada pela ANJ. Estes operadores foram bloqueados e retirados do mercado, buscando o Estado proporcionar um ambiente mais seguro para o público francês que deseja participar dos jogos. Desde junho de 2022 a agência reguladora francesa foi autorizada pelo tribunal francês a instruir os provedores de serviços de *internet* a bloquear o acesso aos sites de jogos de azar e afiliados que promovem os serviços¹⁸⁶.

A ANJ tem, ainda, executado campanhas nacionais para educar o público francês sobre os danos que sites ilegais podem representar para os jogadores. O marketing educacional da ANJ inclui conteúdo sobre os riscos de roubo de dados pessoais, fraude

¹⁸⁵ Conforme notícia disponível em <https://sigma.world/pt-br/news/franca-impoe-novos-regulamentos-de-protecao-ao-jogador/>.

¹⁸⁶ Ibidem.

de pagamento e *softwares* maliciosos, bem como a possibilidade de falha de algumas operadoras no pagamento dos vencedores.

4.4 Notas sobre o modelo de regulação português

Embora a origem das loterias no Brasil possa ser, em grande parte, atribuída à influência portuguesa, sobretudo porque sua difusão, como já se expôs, foi fortemente impulsionada com a vinda da Família Real para nosso país, mesmo uma breve comparação entre as legislações de ambos os países é capaz de evidenciar que o tratamento da matéria em Portugal está bem à frente daquele adotado em *terrae brasilis*. A despeito de ainda manter algumas antigas características, um melhor conhecimento sobre a evolução do tratamento legislativo lusitano pode trazer alguns influxos teóricos positivos para a análise do caso brasileiro.

Assim como ocorre com a França, em Portugal não há quaisquer disposições constitucionais acerca dos jogos, sendo a matéria integralmente disciplinada em sede de legislação ordinária e regulamentar, de forma bastante esparsa. Naquele país, a proibição aos jogos em geral foi abolida há quase um século, a partir da percepção de que sua prática se tornara uma realidade no país.¹⁸⁷

A legalização da atividade foi promovida pelo Decreto nº 14.463, de 3 de dezembro de 1927 e, desde então, o país vem percorrendo uma longa trajetória legislativa para aprimorar os modos de exploração de jogos, definir as condições de sua operação e os agentes autorizados a atuar nas diversas modalidades e, naturalmente, definir as estruturas de regulação e supervisão da atividade.

Nesse quadro, afigura-se digno de destaque inicial o Decreto-Lei nº 422, de 2 de dezembro de 1989, que “reformula a lei do jogo”. Embora não tenha sido o primeiro ato, e trate mais especificamente de cassinos e atividades correlatas, sua edição foi relevante, primeiramente, porque buscou sistematizar a legislação até então vigente. Além disso, o Decreto-Lei trouxe contribuições importantes, como a fixação do próprio conceito de jogo¹⁸⁸ e a definição de que a tutela dos jogos compete ao órgão do governo responsável pelo setor de turismo. Mais do que uma mera questão organizacional, essa disposição

¹⁸⁷ Em seu preâmbulo, o Decreto consignava, de forma realista, que “o jogo era um fato contra o qual nada podiam já as disposições repressivas”.

¹⁸⁸ Segundo o art. 1º, “jogos de fortuna ou azar são aqueles cujo resultado é contingente por assentar exclusiva ou fundamentalmente na sorte”.

parece deixar clara a visão do Estado português acerca da abordagem desenvolvimentista – e não meramente arrecadatória – que os jogos têm passado a ganhar naquele país.¹⁸⁹

Seguindo as recomendações da Comissão Europeia, o legislador português, ainda que tardiamente em relação a vários outros países do bloco, estabeleceu regimes distintos para os jogos *in loco* e os jogos *on-line*. Enquanto as modalidades de jogos *in loco* são disciplinadas por diferentes leis e decretos-leis, os jogos *on-line* foram objeto de recente inovação legislativa e contam com um regramento próprio, dado pelo Decreto-Lei nº 66/2015, que “aprov[ou] o Regime Jurídico dos Jogos e Apostas Online”.

Em Portugal, as loterias, de modo especial, recebem um tratamento legislativo bastante fragmentado e esparso. No sistema jurídico daquele país, elas estão enquadradas no conjunto dos “jogos sociais do Estado”, que recebe um tratamento bastante próprio. Sua principal característica é o regime de sua exploração, que, diferentemente do que ocorre com os cassinos e bingos, constitui exclusividade do Estado.

Nesse grupo de “jogos sociais do Estado”, há basicamente quatro grandes grupos de produtos: (i) a loteria de sorteios de número de bilhete (similar à loteria federal brasileira), disciplinada pelo Decreto-Lei nº 40.937/55, de 24 de novembro de 1955;¹⁹⁰ (ii) as loterias de sorteios de números,¹⁹¹ que são reguladas pelo Decreto-Lei nº 210/2004, de 20 de agosto; (iii) a loteria instantânea,¹⁹² disciplinada pelo Decreto-Lei nº 314/94, de 23 de dezembro; e (iv) as loterias esportivas,¹⁹³ regidas pelo Decreto-Lei nº 225/98, de 17 de julho, e pelo Decreto-Lei nº 67/15, de 29 de abril.

No segmento dos jogos *in loco*, todas estas modalidades lotéricas são exploradas em regime de exclusividade pela Santa Casa de Misericórdia de Lisboa (SCMJ).¹⁹⁴ Não se trata, a rigor, de um órgão público. Segundo seu estatuto, em vigor na forma aprovada pelo Decreto-Lei nº 235, de 3 de dezembro de 2008, a SCML tem natureza de “pessoa coletiva de direito privado e utilidade pública administrativa”.¹⁹⁵ Ainda assim, a

¹⁸⁹ Isto fica ainda mais claro quando se lê o preâmbulo do Decreto-Lei, no qual se afirma que “a disciplina atual do jogo consagra algumas soluções que carecem ser adaptadas às alterações de natureza socioeconômica verificadas nos últimos anos e, fundamentalmente, à função turística que o jogo é chamado a desempenhar, designadamente como fator favorável à criação e ao desenvolvimento de áreas turísticas”.

¹⁹⁰ Em Portugal, é comercializada na forma de “Lotaria Nacional”.

¹⁹¹ Tais jogos lotéricos são comercializados sob as denominações de “Totoloto”, “Euromilhões” e “Joker”.

¹⁹² Tal como no Brasil, essa modalidade lotérica é denominada de “raspadinha”.

¹⁹³ Atualmente comercializadas na forma de “Totobola”, “Totogolo” e “Placard”.

¹⁹⁴ A rigor, a relação da Santa Casa com os jogos em Portugal é bastante antiga. Em 1783 a entidade fora autorizada a explorar uma “lotaria anual”, sob a fiscalização da Fazenda Real. Mas foi somente em 1893 que a exclusividade dessa atuação foi conferida à SCML.

¹⁹⁵ Embora não seja um órgão ou ente público, a SCML está sujeita à tutela do Ministério da Segurança Social e do Trabalho de Portugal, o que alberga “além dos poderes previstos nos Estatutos, a definição das

legislação portuguesa considera que o regime de exclusividade conferido à SCML configura monopólio estatal, dado o caráter de interesse público de suas atribuições. Para a melhor exploração dos “jogos sociais do Estado”, a Santa Casa criou, em 1991, um Departamento de Jogos.¹⁹⁶

A comercialização dos jogos administrados pela Santa Casa é feita por meio de uma rede comercial composta por aproximadamente cinco mil mediadores, denominação oficial adotada por lá para os revendedores de produtos lotéricos. Os requisitos a serem observados pelos candidatos e seu processo de seleção estão previstos no “Regulamento dos Mediadores dos Jogos Sociais do Estado”, aprovado pela Portaria Ministerial nº 313/2004, de 23 de março.

Além de explorar, a SCML exerce a supervisão das atividades de seus mediadores, desempenhando função similar àquela que cabe à Caixa no Brasil. Contudo, sua atuação também está sujeita à regulação e à supervisão de diferentes Ministérios. Dado o seu caráter social e assistencial, a atuação da Santa Casa como um todo está sujeita à fiscalização do Ministério da Saúde e do Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social – os quais, inclusive, precisam aprovar previamente muitos atos e medidas tomadas pela SCML.

Especificamente em relação aos jogos sociais, os regulamentos específicos de cada modalidade precisam ser aprovados pela Pasta do Trabalho. Além disso, a exploração dos jogos está sujeita à fiscalização do Instituto de Turismo de Portugal, que consiste em um “instituto público de regime especial, integrante da administração indireta do Estado, dotado de autonomia administrativa e financeira e patrimônio próprio”.¹⁹⁷ Dentro dessa estrutura, a competência para supervisionar as loterias é feita conjuntamente por dois órgãos: a) o Serviço de Regulação e Inspeção de Jogos (SRIJ), dotado de autonomia técnica e funcional, que exerce a fiscalização e controle diretos sobre a exploração dos jogos;¹⁹⁸ e b) a Comissão de Jogos, órgão colegiado que é responsável pela orientação, acompanhamento e supervisão da atuação do SRIJ e que tem como um de seus integrantes o próprio diretor do SRIJ.¹⁹⁹

orientações gerais de gestão, a fiscalização da atividade da Misericórdia de Lisboa e a sua coordenação com os organismos do Estado ou dele dependentes”.

¹⁹⁶ Segundo o estatuto da SCML, o Departamento de Jogos é um órgão que “tem por objetivo assegurar a exploração dos jogos sociais do Estado, através da marca Jogos Santa Casa, em nome e por conta do Estado, em regime de exclusividade para todo o território nacional, bem como proceder à distribuição dos respectivos resultados líquidos aos beneficiários, nos termos da legislação aplicável.

¹⁹⁷ Cf. Art. 1º do Decreto-Lei nº 129/2012, de 22 de junho.

¹⁹⁸ Cf. Art. 9º do Decreto-Lei nº 129/2021, de 22 de junho.

¹⁹⁹ Cf. Art. 7º do Decreto-Lei nº 129/2021, de 22 de junho.

Por outro lado, quanto aos jogos *on-line*, desde a edição do Decreto-Lei nº 66/2015, que aprovou o regime jurídico específico para este segmento, a exploração é aberta à iniciativa privada e sujeita à regulação e supervisão exclusivamente por parte da Comissão de Jogos e do Serviço de Regulação e Inspeção de Jogos. Assim, embora também opere nesse segmento, a Santa Casa está sujeita ao regime de exploração concorrencial comum, disputando, portanto, o mercado com os agentes privados.

Por fim, cabe um registro em relação à sistemática de repartição das receitas dos “jogos sociais de Estado”. De forma similar à que ocorre no Brasil, a legislação portuguesa estabelece uma repartição bastante difusa dos recursos. Além da Presidência do Conselho de Ministros, há percentuais da receita líquida devidos aos Ministérios da Administração Interna, do Trabalho, da Saúde, da Educação e da Cultura. Também são aquinhoados o Instituto de Desporto da Madeira e o Fundo Regional do Desporto de Açores, embora em percentuais mais reduzidos.

Nesse aspecto, no entanto, há um grande avanço em relação ao que ocorre no Brasil: a afetação das receitas dos “jogos sociais” é feita em norma única, de forma consolidada. Atualmente, essa sistemática de repartição é regida pelo Decreto-Lei nº 56, de 15 de março de 2006.

4.5 Notas sobre o modelo de regulação italiano

Assim como os países anteriormente apresentados, na Itália a constituição é silente em relação ao tema dos jogos em geral. Toda a matéria é disciplinada no plano legislativo ordinário – que compreende um conjunto de leis ordinárias, decretos legislativos e decretos-lei – e no plano regulamentar – que compreende decretos presidenciais e, principalmente, os atos editados pelo órgão regulador dos jogos.

Genericamente, a legislação italiana estabelece que a exploração dos jogos é atividade de competência do Estado. O Código Penal define os jogos de azar e estabelece as sanções para sua prática, mas ressalva expressamente os jogos que forem autorizados pelo Estado. Por sua vez, o Decreto Legislativo nº 496, de 14 de abril de 1948, que disciplina os jogos naquele país, consigna expressamente que a organização e o exercício de qualquer tipo de jogo na Itália são reservados ao Estado. Desse modo, para que possam atuar nesse segmento, os agentes privados precisam obter a anuência estatal, sob pena de incidirem na prática de crime.

Tal como nos países anteriormente apresentador, na Itália, os jogos *in loco* e os jogos *on-line* recebem tratamentos distintos.²⁰⁰ Para cada uma dessas formas de comercialização de jogos e apostas, há leis e regulamentos separados segundo a modalidade específica de jogos, o que acaba requerendo uma visão minimamente sistemática por parte de quem queira compreender melhor o regramento jurídico do tema.

Especificamente em relação às loterias, as regras estão situadas em leis esparsas, apresentando-se na forma de um emaranhado apenas um pouco melhor organizado do que o brasileiro. A regulação e a supervisão da atividade lotérica, assim como os jogos em geral, estão sob a responsabilidade da *Agenzia delle Dogane e dei Monopoli* (AAMS), um ente autônomo da Administração Federal italiana criado pelo Decreto Legislativo nº 300, de 30 de julho de 1999. É da competência da AAMS a regulação das diferentes modalidades e operações de jogos; a emissão de licenças; a supervisão dos agentes operadores; o monitoramento dos serviços de jogos e a arrecadação dos tributos incidentes sobre as atividades (AAM, 2018a).

Atualmente, as loterias são operadas por apenas duas empresas privadas, que operam em duopólio. A SISAL, fundada em 1946 e a Lottomatica, fundada em 1991. Ambas estão sujeitas ao regulamento geral de licenciamento, operam sob concessão do Estado italiano e podem atuar na oferta de todas as modalidades lotéricas, sejam elas *in loco* ou *on-line*. De modo geral, o prazo dos contratos de concessão é de 9 (nove) anos. Cada concessionário deve possuir uma rede própria de revendedores, que podem ter a comercialização de loterias como atividade principal ou acessória.²⁰¹ O credenciamento desses revendedores, no entanto, não é livre, estando sujeito ao controle e à supervisão da AAMS, bem como ao pagamento de taxas e emolumentos.

Quanto às modalidades lotéricas, cada uma possui regras distintas. O “*gioco del Lotto*” (ou simplesmente *Lotto*) é regulamentado pela Lei nº 582, de 2 de agosto de 1982, pela Lei nº 85, de 19 de abril de 1990 e pelo Decreto presidencial nº 303, de 7 de agosto de 1990. As loterias instantâneas são disciplinadas pelo Decreto Ministerial nº 193, de 12 de fevereiro de 1991, ao passo que as regras das loterias de sorteio são dadas pela Lei nº 772, de 4 de agosto de 1955, pela Lei nº 62, de 26 de março de 1990 e pela Lei nº 200, de 1º de agosto de 2003. Por fim, as regras sobre as loterias de prognósticos esportivos estão

²⁰⁰ A Itália foi um dos países da União Europeia a editar leis sobre os jogos *on-line*, ainda em 2006. O país é reconhecido por seu pioneirismo no regramento da matéria e na organização de um sistema de licenciamento das loterias em meio virtual.

²⁰¹ Na Itália, inclusive, é bastante comum que as loterias sejam vendidas em lojas comerciais, sobretudo tabacarias.

sujeitas ao regulamento geral da modalidade, aprovado pelo Decreto Ministerial nº 179, de 19 de junho de 2003.

5 REGULAÇÃO DA ATIVIDADE LOTÉRICA NO BRASIL

Neste capítulo, discutiremos as possibilidades jurídicas da regulação dos jogos lotéricos no Brasil.

Não se inclui nesse estudo as discussões sobre o que é mais adequado, proibir ou manter a exploração das atividades lotéricas. Reputa-se que essa discussão é essencialmente política e envolve temas que são alheios ao direito em sua grande parte, os quais não seriam adequadamente analisados agora. Por isso, nosso corte metodológico não abrange essa discussão.

Desta feita, o foco inicial desse capítulo será a dissertação sobre as possíveis formas de explorar as atividades lotéricas e os instrumentos correspondentes.

. Também é importante a discussão sobre como será organizada e regulada a atividade, especialmente sobre a necessidade ou não de um órgão regulador independente. Por fim, faremos um breve apanhado de alguns temas que possuem especial destaque na regulação dos países estrangeiros, como o Jogo Responsável.

5.1 A política pública regulatória

Como visto anteriormente, a regulação das atividades lotéricas deve vir acompanhada de uma decisão a respeito da política pública que será aplicada em relação a essas atividades. Mais precisamente, afigura-se necessário definir quais objetivos se pretende alcançar com a exploração dessas atividades e quais serão as diretrizes regulatórias que vão nortear a exploração dessa atividade²⁰². Essa definição é fundamental e permeará a instituição de todas as regras sobre o setor.

A partir do estudo do direito estrangeiro, podemos afirmar que a política pública dos jogos de azar pode ter três objetivos principais: (i) arrecadação para o Estado; (ii) integridade dos operadores e do jogo; e (iii) desenvolvimento²⁰³. Na realidade, a promoção do turismo e da cultura é um objetivo que pode ser adotado na política pública relacionada às loterias e é justamente o que consta em diversos projetos de lei sobre o tema no Brasil.

²⁰² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Marina Fontão. Limites das assimetrias regulatórias e contratuais: o caso dos aeroportos. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, v. 277, n. 1, jan./abr., 2018, p.180.

²⁰³ Sobre o tema, reitera-se a referência à obra magistral de: SCHWARTZ, David. G. Roll the bones: the history of gambling. Casino edition. Las Vegas: Winchester books, 2013.

Além do fomento ao turismo e à cultura, a política pública dos jogos de azar também pode ter como objetivo o desenvolvimento de determinada região do país, de modo a concretizar o mandamento constitucional da redução das desigualdades sociais regionais, previsto no art. 3º, inciso III, da Constituição Federal.

Não é objeto deste trabalho discutir qual política pública deve ser adotada em relação às loterias, mas apenas indicar os objetivos que geralmente são perseguidos nesse setor e como eles podem ser alcançados de forma simultânea. É importante, entretanto, que essa definição sempre leve em consideração as realidades desse mercado específico, de modo a não impedir o pleno desenvolvimento do setor. Afinal, o sucesso da regulação resulta em uma conciliação entre normas regulatórias rígidas e a realidade do mercado²⁰⁴.

5.2 Exploração de atividades lotéricas: serviço público ou atividade privada

Um dos principais pontos no debate na discussão sobre a regulação das atividades lotéricas diz respeito a como elas devem ser liberadas: (i) diretamente pelos particulares, inserindo a atividade no domínio do setor privado da economia e sujeitando-se plenamente à livre iniciativa; (ii) diretamente pelo Estado, reservando-se a atividade ao setor público da economia e prevendo que caberá ao Estado a sua exploração direta, sem intermédio da gestão dos particulares; e (iii) indiretamente pelo Estado, reservando-se a atividade para o setor público da economia e atribuindo-se sua realização à iniciativa privada, sob forma de delegação.

No primeiro momento, analisar-se-á as formas de exploração das atividades pelo Estado (direta e indireta). Depois, tratarei da exploração pelos particulares, com apontamentos sobre o regime jurídico adequado para essa hipótese.

5.2.1 A qualificação como serviço público e suas implicações

Inserido no tema das formas de liberação e exploração das atividades lotéricas está a sua qualificação como serviço público, pois os serviços lotéricos são tidos como tal e os Projetos de Lei em trâmite no Congresso Nacional pretendem liberar os jogos de azar qualificando-os como serviço público. Ainda, as apostas esportivas, cuja regulamentação

²⁰⁴ LYCKA, Martin. Regulating online gambling markets: regulatory guide. *Gaming Law Review and Economics*, volume 18, n. 4, New Rochelle, 2014, p. 383.

está em discussão, são qualificadas como serviço público pela Lei Federal n.º 13.756/2018²⁰⁵. Por fim, conforme abordado nos capítulos 1 e 2, o STF assentou nas ADPF's 492 e 493 que os jogos lotéricos são serviço público. Assim, necessário apontar o que seria a qualificação legal de serviço público e quais as suas implicações.

O conceito de serviço público foi inserido no direito brasileiro sob forte influência do direito francês, servindo para designar os serviços prestados por órgão estatal com finalidade pública, ou por um particular por delegação do Estado.²⁰⁶ Ainda, sempre que se estivesse diante de um serviço público, incidiriam as normas de direito público, em razão do exercício da autoridade do Estado²⁰⁷.

No Brasil, como apontam Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Garofano, a construção doutrinária do serviço público foi desenvolvida a partir dos anos 1940, com autores como Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Temístocles Cavalcanti²⁰⁸. Antagonizava-se os serviços públicos com as atividades privadas, de modo que se defendia que os serviços públicos somente poderiam ser prestados pelo próprio Estado, em caráter de exclusividade²⁰⁹.

Dessa acepção clássica do instituto extraem-se os tradicionais elementos material, orgânico e formal²¹⁰. Ou seja, reputava-se serviço público a atividade voltada para a satisfação de necessidades coletivas essenciais (material), prestada pelo Estado (orgânico), direta ou indiretamente, e submetida a um regime jurídico de direito público (formal). Daí decorreriam as prerrogativas próprias do Estado na execução dos serviços públicos²¹¹.

Todavia, os serviços públicos passaram por crises conceituais, que levaram a uma revisão das concepções e a devolução para a iniciativa privada de diversas atividades que haviam sido publicizadas, sem que fosse necessário para garantir a sua adequada prestação²¹². Sob essa ótica, admite-se que o serviço público, em determinadas situações,

²⁰⁵ 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.

²⁰⁶ COUTO E SILVA, Almiro do, 2009, p.2.

²⁰⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. **Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade**, Revista de Direito Pública da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, abr./jun. 2014, p. 65.

²⁰⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque, 2014, p. 66.

²⁰⁹ Para uma análise do histórico do serviço público no direito brasileiro, consultar: SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: 2012, p. 37-93.

²¹⁰ SCHIRATO, Vitor Rhein, 2012, p. 57

²¹¹ SCHIRATO, Vitor Rhein, 2012, p. 58.

²¹² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 233.

poderá ser prestado com maior qualidade em regime de mercado e com a maior concorrência possível²¹³.

Nesse contexto, as características imputadas aos serviços públicos, como a exclusividade do Estado, a restrição à livre-iniciativa e a incidência de um regime especial de direito público são revistas. Passa-se a um novo conceito de serviço público, sendo que adotamos aquele apresentado por Marçal Justen Filho:

Serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos de livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob o regime de direito público²¹⁴.

Particularmente, na nossa visão, é difícil vislumbrar a vinculação dos jogos lotéricos à realização direta de um direito fundamental. Ainda que se possa relacioná-los à realização de felicidade individual por meio da prática de atividades lúdicas e, em última análise, com o desenvolvimento pleno da dignidade da pessoa humana, pensa-se não ser de todo razoável uma ligação direta entre os jogos lotéricos e os direitos fundamentais – mas apenas uma relação indireta, como a relacionada com a arrecadação de recursos necessários para executar programas sociais voltados para a garantia de direitos fundamentais e sociais.

Ademais, ressalte-se que a exploração dos jogos lotéricos também é incompatível com algumas normas comuns a todos os serviços públicos. É de todo evidente que eventual liberação dos jogos de azar não será acompanhada, por exemplo, do dever ou do desejo de universalização da atividade. Isto é, da pretensão de garantir que toda a população seja provida do acesso aos jogos lotéricos.

Por mais que o Estado possa vir a ter interesses fiscais no pleno desenvolvimento desse setor econômico, não existe um interesse da coletividade que justifique alguma pretensão de universalizar os jogos lotéricos. Pelo contrário, a exploração dos jogos em geral pode ser liberada justamente como medida de controle e de repressão dessa atividade, que é considerada potencialmente nociva em razão de riscos de desenvolvimento de patologias.

²¹³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque, 2014, p. 68.

²¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 550.

Também não se verifica a necessidade de garantir a continuidade dos jogos lotéricos e o risco de eventual interrupção da atividade para a coletividade. Isso porque os jogos lotéricos não atendem a uma necessidade coletiva essencial e a sua interrupção parcial não gera prejuízos ou danos à coletividade. Novamente, o interesse do Estado em eventual garantia da continuidade é mais econômico do que ligado à essencialidade dos jogos lotéricos.

Já a garantia da modicidade tarifária apresenta maiores peculiaridades em parte incompatível também com os jogos lotéricos, o que será desenvolvido no item subsequente. Portanto, há quem entenda que os jogos lotéricos (eis que inseridos no grupo dos jogos de azar) é incompatível com a qualificação dos serviços públicos, configurando uma restrição indevida da livre iniciativa e uma extrapolação da competência do legislador.²¹⁵

Não obstante, para fins do presente estudo, adotamos uma posição pragmática e analisaremos os efeitos da qualificação dos jogos lotéricos como serviço público, pois sabemos que a discussão sobre a qualificação de uma atividade como serviço público é precipuamente política e de função de Estado²¹⁶.

Ainda, em setembro de 2020, o STF julgou as ADPFs 492 e 493 e decidiu que os jogos lotéricos são historicamente qualificados como serviço público e atualmente o Decreto-Lei 204/1967 assim os qualifica. Por isso, considerou que eles são efetivamente serviço público.

Assim, passando a análise dos efeitos de eventual qualificação legal dos jogos de lotéricos como serviço público, ressaltamos que tal postura traz responsabilidades ao Estado, persistindo o dever do Estado regular e disciplinar a atuação dos agentes, ainda que de forma distinta do tradicionalmente realizado²¹⁷.

Logo, a utilidade de se qualificar uma atividade como serviço público é garantir que ela receba um tratamento protetivo específico por parte do Estado, por ser considerada de especial importância para a sociedade, o que será feito mediante a instituição de regras mais rígidas do que aquelas incidentes sobre as atividades privadas.

²¹⁵ Analisando os casos dos bingos, Miguel Reale Júnior e Fábio Barbalho Leite sustentam que a atividade seria incompatível com o regime de serviço público (REALE JÚNIOR, Miguel; LEITE, Fábio Barbalho, 2004, p.12-17), de igual modo Carolina Coêlho conclui que os serviços lotéricos também não configurariam serviço público (COÊLHO, Carolina Reis Jatobá. Permissões lotéricas e contrafação administrativa. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, ano 6, n. 12, Belo Horizonte, jul./dez/ 2017, p.141).

²¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal, 2016, p. 555.

²¹⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque, 2014, p. 72.

Tais regras disciplinam as formas de admissão para exploração da atividade, cumprimento de metas e políticas públicas, fiscalização da atividade, e mecanismos de garantia dos direitos dos usuários²¹⁸.

Em primeiro lugar, retira-se a atividade da esfera da livre iniciativa e a submete ao setor público da economia. Isso significa que a titularidade da atividade é do Estado, que poderá prestá-lo direta ou indiretamente, por meio da delegação a particulares²¹⁹. A relevância desse efeito diz mais respeito sobre a forma como o serviço será prestado e de que modo a iniciativa poderá explorá-lo.

Em segundo lugar, a atividade passa a se submeter a um regime de direito próprio dos serviços públicos. Tal como é corrente na doutrina contemporânea, rejeitamos a ideia de que existiria um regime único aplicável a todos os serviços públicos, pois, na prática, existem múltiplos regimes, que são fixados em cada lei²²⁰. Isso não significa, entretanto, que os serviços públicos são submetidos ao regime de direito privado e que não exista um regime geral de direito do serviço público com regras aplicáveis a essas atividades. Vítor Schirato aponta que o que caracterizaria esse regime seriam os deveres de universalização, continuidade e modicidade tarifária²²¹. Por sua vez, Marçal Justen Filho vai além, apontando os seguintes princípios aplicáveis aos serviços públicos: continuidade, igualdade, universalidade, neutralidade, mutabilidade, adequação, transparência, modicidade²²².

Assim, a qualificação dos jogos lotéricos como serviço público implica a submissão a essas regras gerais e a um regime próprio, definido na lei autorizadora dessa atividade. Em terceiro lugar, a exploração dos lotéricos pelos particulares estará condicionada a outorga de uma concessão ou permissão de serviço público, que são as únicas duas formas de delegação da exploração de serviço público por particular previstas na Constituição Federal, em seu art. 175²²³.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 74.

²¹⁹ Vítor Schirato rejeita a titularidade dos serviços públicos pelo Estado, mas defende que haveria uma obrigação imposta ao Estado em vez de uma titularidade do serviço. Apesar disso, o autor reconhece que os serviços públicos são marcados pela presença do Estado, ainda que ele não seja titular da atividade (SCHIRATO, Vítor Rhein, 2012, p. 130, 230 e 237).

²²⁰ SCHIRATO, Vítor Rhein, 2012, p. 91.

²²¹ *Ibidem*, p. 241.

²²² JUSTEN FILHO, Marçal, 2016 (2), p. 561-569.

²²³ MOREIRA, Egon Bockmann. Os serviços públicos brasileiros e sua lógica jurídico-econômica: reflexões a partir do artigo 175 da Constituição, *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 17, n. 68, out./dez. 2019, p. 32.

Para o estudo das formas possíveis de exploração das atividades lotéricas, interessa-nos esse último efeito de qualificar essas atividades como serviço público. Assim, passemos a analisar a concessão do serviço público como instrumento de exploração de jogos lotéricos.

5.2.2 A exploração direta dos jogos lotéricos pelo Estado

Como vimos no capítulo anterior, existem jurisdições que optaram pela exploração direta de jogos lotéricos pelo Estado, ainda que existam outros “jogos de azar” explorados pelos particulares de forma paralela²²⁴.

Nesse modelo de exploração, a questão que fica é quem será o ente do Estado responsável por desenvolver essa atividade.

A exploração direta de atividades pelo Estado ocorre, geralmente, quando se considera a importância social da atividade com a impossibilidade de o mercado supri-la. A sua relevância pode derivar de motivos estratégicos da sociedade ou por necessidades estruturais, sendo que a decisão de realizar a exploração direta é política de cada sociedade.²²⁵

Inicialmente, deve-se observar que se liberação dos jogos lotéricos trouxesse conceituação de que se trata de atividades econômicas, mas reservadas ao Estado, não poderia haver exploração por entes que não sejam as empresas estatais, tal como prevê o art. 2º da Lei 13.303/2016. Nesse sentido, Marçal Justen Filho afirma que a Administração Direta possui competências constitucionais inerentemente estatais, sendo manifestações da soberania popular. Por isso, a personalidade jurídica de direito público assegura poderes diferenciados para atingir finalidades e interesses comuns a todos. Por esses motivos, seria descabido a Administração direta explorar em nome próprio atividades econômicas²²⁶.

Assim, não sendo atividade econômica propriamente dita, o legislador poderá prever que os jogos lotéricos ficam ao encargo de determinado órgão, autarquia ou de alguma empresa estatal. A atribuição a órgão ou autarquia não traz maiores peculiaridades

²²⁴ Ver capítulo anterior.

²²⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Considerações sobre as relações do Estado e do direito na economia**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, nº 49, março de 2017, Salvador, p. 4.

²²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **A lei 13.303/2016, a criação das empresas estatais e a participação minoritária em empresas privadas**. In: JUSTEN FILHO, Marçal (org.). Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016 – “lei das estatais”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 42.

jurídicas, pois a atividade será explorada como qualquer outra que é normalmente executada diretamente pelos órgãos públicos.

No caso de exploração pela administração direta, a operação dos jogos lotéricos ficará sujeita a todo regime jurídico de direito público, com destaque para a incidência de regras sobre contratação pública e regime de pessoal. As complicações na gestão são evidentes e acarretam, inevitavelmente, o engessamento do setor.

Uma solução alternativa é a atribuição da exploração para uma empresa pública, como ocorre com a maior parte dos serviços lotéricos, mas isso também pode ensejar alguns efeitos próprios. As empresas estatais foram criadas como forma de permitir que a Administração Pública seja mais ágil, liberada das amarras próprias das pessoas de direito público²²⁷. Todavia, continuará havendo a submissão a um regime jurídico especial, previsto na Lei 13.303/2016, que traz regras diferenciadas de contratação e de governança, especialmente. Isso traz efeitos concretos imediatos na capacidade de a empresa estatal responsável pela exploração dos jogos lotéricos obter o máximo proveito econômico desse segmento.

Além disso, a gestão das empresas estatais é diferente da gestão de órgãos públicos, havendo necessidade de planejamento, e existindo órgãos de administração próprios de uma empresa privada, como conselho de administração, conselho fiscal e diretoria. Com isso, busca-se que o desenvolvimento das atividades se dê de forma mais parecida com o que ocorre na iniciativa privada, mas persistem limitações próprias do regime das empresas estatais, como a fiscalização pelo Tribunal de Contas, a indicação de administração pelo poder executivo, dentre outras.

Ainda, o regime jurídico das empresas estatais ganha maior complexidade no caso das sociedades de economia mista, que contam com a participação de acionistas minoritários e, por conta disso, tornam a ação do Estado menos livre. Assim, se a ideia de o Estado explorar diretamente da atividade é mantê-la sob seu maior controle, esse objetivo acaba não sendo completamente alcançado com a atribuição da atividade a uma empresa de sociedade de economia mista. Para piorar, o Estado ainda fica sujeito ao regime jurídico das empresas estatais. No final das contas, ele acaba tendo os ônus dos dois regimes jurídicos, sem alcançar o maior controle pretendido.

²²⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Regime jurídico das empresas estatais**. In: NUNES JR., Vidal Serrano, et. al. (coord). Enciclopédia jurídica da PUCSP, tomo II. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 2.

Por variadas razões²²⁸, o mundo e o Brasil vivem há algumas décadas a tendência de diminuir a esfera de atuação direta do Estado na prestação de serviços públicos e no desenvolvimento de atividades econômicas. Trata-se da transição do Estado-empresário, que prestava serviços públicos diretamente, para o Estado-regulador, que delega essa atuação aos particulares, reservando para si o exercício de forte regulação quando necessário para garantir a adequada prestação dos serviços. Por isso, a decisão política sobre a exploração direta dos jogos lotéricos deve ponderar sobre a sua necessidade e sua eficiência.

Exemplo disso é o movimento atual de transferência das atividades lotéricas para a iniciativa privada, retirando-as da esfera de atuação da Caixa Econômica Federal. Isso tem dois motivos principais: de um lado, transferir a exploração de jogos lotéricos para quem possui mais capacidade e expertise na sua exploração, buscando aumentar o seu sucesso comercial e, conseqüentemente, a arrecadação para o Estado, aplicada para finalidades sociais. De outro lado, o Estado pretende focar a sua estrutura para realizar suas atribuições mais essenciais, como a execução de programas sociais – muitos dos quais são financiados pela arrecadação dos jogos lotéricos.

A exploração direta pelo Estado pode dar mais controle a ele na operação, sem que isso signifique o melhor desenvolvimento da atividade, sob qualquer enfoque. O controle e a fiscalização dessas atividades também podem ser plenamente alcançados com a exploração pelos particulares, direta ou indiretamente. É o que será analisado a seguir.

A conclusão que alcançamos é que a exploração dos jogos de azar diretamente pelo Estado não apresenta a capacidade de alcançar os melhores resultados pretendidos com a liberação desse segmento da economia. Logo, seria melhor a sua exploração pela iniciativa privada, direta ou indiretamente.

5.2.3 A exploração dos jogos lotéricos pela via da concessão de serviço público

²²⁸ Esse não é o objeto da presente dissertação, por isso, opta-se por não desenvolver essas razões. Registre-se, entretanto, que esse movimento veio na onda de um processo de liberação de mercados para instaurar concorrência e, com isso, aumentar a eficiência (COUTINHO, Diogo R. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 50). Sobre o tema, conferir: COUTO E SILVA, Almiro do. **Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares**, Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE, n. 16, dez./jan./fev. 2009, Salvador, p. 2-34; BINENBOJM, Gustavo. **A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos**, Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE, n. 13, mar./abr./maio 2008, Salvador, p. 18-21; e, com um viés mais crítico, NUNES, Antônio José Avelã. **Do estado regulador ao estado garantidor**, Revista de Direito Público da Economia – RDPE, ano 9, n. 34, Belo Horizonte, abr. jun./2011, p. 1-38.

A alternativa à exploração direta do Estado dos jogos lotéricos qualificados como serviço público é a delegação para a iniciativa privada. O artigo 175 da Constituição Brasileira estabelece que a exploração dos serviços públicos pelos particulares somente pode ser realizada de duas formas: permissão ou concessão de serviço público. Não existe outra forma de prestar os serviços públicos, salvo expressa previsão constitucional^{229 230}.

Como bem indica Egon Bockmann Moreira, trata-se de um sistema de barreira de entrada dos particulares no setor público da economia - equivalente às barreiras de entrada do Estado no setor privado da economia. Tais barreiras são caracterizadas por três níveis de densidade normativa: “Constituição (define os setores e titularidades, estabelece as barreiras condicionantes); legislação (define as técnicas e processos de transposição, outorga competência decisória) e contratos (atos jurídicos plurilaterais)”²³¹.

Analisaremos adiante qual é a forma mais adequada de delegação dos jogos lotéricos enquanto serviço público.

5.2.3.1 A inadequação das permissões de serviço público para a delegação dos jogos lotéricos

A permissão de serviço público é a forma de delegação de serviços público mais adequada para casos em que as exigências de investimentos e de obrigações do particular são menores. Ela foi concebida tradicionalmente como um ato unilateral, precário e personalíssimo, por meio do qual o Estado transfere a um particular o desempenho de determinado serviço, autorizando a cobrança de tarifa. Utilizava-se da permissão quando o Estado não queria constituir direitos em favor do particular e contra ele²³².

A permissão é atualmente concebida como contrato, que somente pode ser firmado mediante licitação prévia, cuja extinção não é discricionária, devendo ser devidamente fundamentada²³³. Nesse sentido, a Lei 8.987/1995 prevê em seu artigo 2º,

²²⁹ COUTO E SILVA, Almiro do, 2009, p. 15.

²³⁰ Sobre a autorização de serviços públicos, conferir: FERRAZ, Sergio; SAAD, Amauri Feres. **Autorização de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2018, e NESTER, Alexandre Wagner. **Autorizações de serviços públicos**. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, 2019.

²³¹ MOREIRA, Egon Bockmann, 2019, p. 31.

²³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 775.

²³³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética: 2003, p. 109.

IV, que a permissão se trata de delegação de serviço público a pessoa física ou jurídica, mediante contrato de adesão, que deverá observar a lei e o Edital de Licitação, reiterando sua precariedade e revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

Por isso, Alexandre Aragão aponta como características da permissão: (i) possibilidade de o permissionário ser pessoa física; (ii) inexistência de referência à necessidade de prazo determinado; (iii) ausência de obrigatoriedade de licitação na modalidade concorrência; (iv) qualificação como contratos de adesão; (v) precariedade e revogabilidade unilateral; e (vi) ausência de previsão de permissão de obras públicas²³⁴.

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

A natureza dos direitos e das obrigações derivadas para as partes é incompatível com as peculiaridades da permissão. Quando a Administração necessita (ou pretende) realizar contratação de que derivem direitos e deveres executáveis em longo prazo, com investimentos amortizáveis apenas por meio de exploração do serviço durante período razoável, não se pode cogitar de permissão. A permissão é adequada a situações precárias - justamente por isso é revogável a qualquer tempo.(...) Em síntese, a concessão representa um regime mais estável, com maior segurança especialmente para o concessionário²³⁵²³⁶.

Por essas características da permissão de serviço público, esse instituto, na nossa visão, não é adequado para a delegação dos jogos lotéricos. Ora, a exploração dessas atividades exige investimentos vultosos, necessários para permitir a exploração da atividade e o cumprimento de diversas obrigações pelo delegatário. Em razão disso, afigura-se necessária a utilização de um instrumento jurídico que conceda maior segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade ao particular, o que mostra a incompatibilidade da permissão de serviço público para a delegação da atividade lotérica.

5.2.3.2 As espécies de concessão e a compatibilidade da concessão comum para os jogos de azar

²³⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de, 2013, p. 685.

²³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal, 2003, p.113.

²³⁶ Em sentido contrário, reputando não existir muita diferença entre concessão e permissão, conferir: SCHIRATO, Vitor Rhein, 2021, p. 305.

Constatado que a delegação dos jogos lotéricos não pode ser adequadamente realizada por meio de permissão, a única alternativa possível para a sua delegação é por meio de concessão de serviço público, seguindo-se os ditames da Lei nº 8.987/1995.

A concessão é um instrumento jurídico que antecede o próprio direito administrativo e vem sendo utilizada há séculos como recurso para o Estado cumprir suas tarefas, não apenas para prestar serviços públicos²³⁷. Por sua vez, a concessão de serviço público, entendida de modo geral como uma forma de “*gestão de serviços públicos por sujeitos privados*”²³⁸, consolidou-se no século XX e ingressou no direito brasileiro por herança do direito português²³⁹.

No início do século XX, a concessão de serviços públicos foi largamente utilizada, especialmente no transporte ferroviário²⁴⁰. Após um período de intervenção mais direta do Estado na economia e na prestação de serviços públicos, nos anos 1980 e 1990, as concessões de serviço público ganharam nova força e vêm sendo utilizadas para a gestão de diversos serviços, como ferrovia, portos, energia elétrica, telecomunicações, dentre outros^{241 242}.

Desde então, foi considerável o aprimoramento das concessões e a sofisticação da sua engenharia jurídica e financeira, passando de contratos relativamente mais simples, com poucas cláusulas e muita repetição literal de disposições legais, para contratos complexos, com previsões inovadoras que buscam a melhor forma de se desenvolver infraestrutura e prestar os serviços públicos, irradiando múltiplas relações jurídicas e preveem matrizes de risco e responsabilidades bem delineadas. Assim, as concessões consolidaram-se como importante instrumento de concretização e controle de políticas públicas de longo prazo²⁴³, por permitir a formulação e implementação de normas regulatórias por meio dos contratos (dimensão reguladora)²⁴⁴.

²³⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 36.

²³⁸ GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 7.

²³⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2015, p. 58 e 75.

²⁴⁰ COUTO E SILVA, Almiro do, 2009, p. 8.

²⁴¹ COUTO E SILVA, Almiro do, 2009, p. 13.

²⁴² Com esses dados, pretende-se apenas introduzir o tema, sem pretensão de desenvolver o histórico de concessão de serviço público no Brasil. Sobre o tema, consultar: MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

²⁴³ MOREIRA, Egon Bockmann. **O contrato administrativo como instrumento de governo**. In: GONÇALVES, Pedro (org.). Estudos de contratação pública, vol. IV/Cedipre. 1a Ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2013, p. 12.

²⁴⁴ GONÇALVES, Pedro. **Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 94, 100 e 128.

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

Em primeiro lugar, a concessão de serviço público envolve a delegação da prestação do serviço público do Poder Concedente (Administração Pública) para o particular, mas com a manutenção da titularidade estatal do serviço²⁴⁵. Com efeito, o Estado permanece com o dever de garantir a prestação do serviço, detendo, consequentemente, competências para regular e fiscalizar essa atividade. Apesar de não prestar o serviço, o Estado é juridicamente interessado na sua adequada prestação, haja vista ser a sua obrigação o oferecimento do serviço público.

A segunda característica é que a delegação é realizada por meio de um contrato de concessão, no qual são estabelecidos os direitos e obrigações de cada parte e fixada a matriz de riscos do empreendimento. Esse contrato de concessão tem caráter normativo, por força da previsão do art. 1º, da Lei nº 8.987/1995, reforçando a importância do contrato²⁴⁶. É por meio do contrato de concessão que as virtudes da concessão se revelam, pois, ele permite arranjos jurídicos sofisticados buscando a melhor conjugação entre todos os interesses envolvidos. Aqui vislumbramos o caráter associativo da concessão consubstanciado na comunhão de interesses do particular com o Estado na busca de uma finalidade comum: a obtenção do melhor serviço público possível²⁴⁷.

Destaca-se, ainda, que o contrato de concessão, apesar de bilateral²⁴⁸, produz efeitos que irradiam múltiplas relações jurídicas em sua execução²⁴⁹. Podemos destacar a relação entre a concessionária e terceiros, como usuários, fornecedores e prestadores de serviços. O epicentro de toda essa atividade é o contrato de concessão, cujos efeitos se desdobram nessas relações jurídicas também.

²⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal, 2003, p. 55.

²⁴⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2015, p. 177.

²⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal, 2003, p. 62.

²⁴⁸ Marçal Justen Filho sustenta a natureza trilateral do contrato de concessão, em que são partes da relação jurídica o Estado, a concessionária e a sociedade civil (JUSTEN FILHO, Marçal, 2003, p. 61- 62).

²⁴⁹ MOREIRA, Egon Bockmann, 2010, p. 98-102.

Além disso, é característico da concessão que o concessionário seja remunerado pela prestação do serviço, por meio de pagamento de tarifas dos usuários ou por receitas alternativas, podendo haver cumulação desses tipos de remuneração. A existência da concessão decorre justamente da possibilidade de o particular explorar o serviço público e extrair a sua remuneração desse serviço, integral ou parcialmente. Trata-se de uma mudança da fonte de custeio, que deixa de ser realizada por toda a sociedade por meio de pagamento de tributos e passa a ser feita mediante a exploração do serviço, especialmente através de cobrança de tarifa dos usuários²⁵⁰.

Outra marca que distingue a concessão de serviço público de contratos de desembolso é a sua mutabilidade intrínseca. Por se tratar de um contrato de longo prazo que é voltado para uma finalidade de oferecer a prestação do melhor serviço público, ele deve necessariamente ser flexível para se adaptar às exigências fáticas que são impostas pelo passar do tempo, mantendo a sua base objetiva²⁵¹. É impensável que um contrato de longo prazo seja capaz de prever todas as circunstâncias e riscos que poderão impactar a sua execução²⁵². Assim, a capacidade de aprendizagem do contrato e a sua necessária mutabilidade são essenciais para assegurar a perenidade do projeto concessionário. Enfim, como bem resume Egon Bockmann Moreira, nos contratos de concessão de serviço público a segurança decorre da certeza da mudança²⁵³.

Essa mudança não significa a possibilidade de completa desnaturação do contrato²⁵⁴, mas a sua aptidão para se adaptar às mudanças relativas ao serviço que está sendo prestado. O exemplo mais claro para visualizar essa flexibilidade diz respeito a incorporações de inovações tecnológicas e novas formas de prestar o serviço. O contrato deve ser flexível o suficiente para permitir que essas mudanças de tecnologia possam ser incorporadas e aplicadas, de modo a garantir a prestação do melhor serviço público.

O contrato de concessão, contudo, não perdura eternamente. Também é característico dos contratos de concessão a sua temporariedade. Do artigo 2º, inciso II, da Lei 8.987/1995 extrai-se que a concessão terá prazo determinado, ainda que a lei não fixe limite para esse período contratual. O prazo é um elemento de suma relevância dos contratos de concessão, pois ele influenciará na remuneração total que o particular conseguirá obter com a concessão para amortizar seus investimentos e remunerar seu

²⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal, 2003, p. 70.

²⁵¹ MOREIRA, Egon Bockmann, 2010, p.39.

²⁵² GARCIA, Flávio Amaral, 2019, p. 147.

²⁵³ MOREIRA, Egon Bockmann, 2010, p.37.

²⁵⁴ MOREIRA, Egon Bockmann, 2010, p. 45.

capital, sendo parâmetro para estabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato²⁵⁵.

Ademais, a delegação de serviço público por concessão envolve necessariamente a distribuição de riscos entre o Poder Concedente e o concessionário. A Lei 8.987/1995 utiliza inadequadamente a fórmula de que o contrato de concessão seria explorado por conta e risco do concessionário, o que evidentemente não é uma solução adequada nem o que ocorre na prática. Não existe uma transferência integral dos riscos ao concessionário, mas uma adequada distribuição destes pelo contrato e de acordo com a capacidade de cada parte de gerenciá-los²⁵⁶.

Por fim, por expressa previsão do art. 175 da Constituição Federal, a formalização do contrato de concessão é obrigatoriamente precedida de uma licitação pública na qual os candidatos à concessão deverão demonstrar a capacidade para desempenhar o serviço público e disputarão objetivamente pelo direito de firmar o contrato de concessão.

Estando definidas as características gerais das concessões de serviço público, passa-se à distinção entre as espécies de concessões existentes no direito brasileiro. Existem duas espécies gerais de concessões de serviço público no direito brasileiro, a concessão comum e a concessão patrocinada.

A concessão comum é o modelo mais usual de concessão de serviço público, disciplinada pela Lei 8.987/1995 e pela Lei 9.074/1995. É marcada pelas características destacadas acima e se distingue por ter sua remuneração atrelada diretamente ao serviço, por meio de pagamento de tarifas pelos usuários do serviço, que pode ser complementada ou substituída por receitas alternativas. Em regra, não há remuneração pelo Poder Concedente, ainda que isso possa acontecer por meio de subsídios²⁵⁷. Além disso, a concessão comum não possui prazo máximo fixado em lei, o que não exclui a necessidade de um prazo determinado previamente em contrato, que deve ser estipulado de acordo com o necessário para o cumprimento do pactuado, com a devida amortização de investimentos e remuneração do capital²⁵⁸. Por fim, ela deve ser precedida de licitação realizada na modalidade de concorrência.

²⁵⁵ GARCIA, Flávio Amaral, 2019, p. 33

²⁵⁶ PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 131.

²⁵⁷ SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 208.

²⁵⁸ MOREIRA, Egon Bockmann, 2010, p. 134.

Já a concessão patrocinada é uma espécie de contrato de Parceria Público-Privada introduzida pela Lei 11.079/2004, que foi editada com a intenção de ampliar a utilização do modelo concessionário para abranger novos objetos²⁵⁹. A concessão patrocinada pode ter por objeto obra pública ou serviço público, sendo caracterizada por envolver o pagamento crônico de contraprestação pecuniária pelo Poder Concedente em adição à remuneração habitual do concessionário²⁶⁰. Assim, por meio dessa concessão, o poder público pretende dividir os custos de implantação de infraestruturas com o concessionário, cujos custos não poderiam ser arcados individualmente por nenhum dos dois²⁶¹.

Por essa característica da sua remuneração, a concessão patrocinada possui um caráter residual, de modo que sempre que o projeto concessionário puder ser remunerado sem contrapartidas financeiras públicas, deverá ser preferencialmente utilizada a concessão comum²⁶². Em razão disso, ela destina-se àqueles serviços públicos que não geram receita suficiente para seu autofinanciamento.

Ainda, a concessão patrocinada tem valor mínimo estimado do contrato de R\$ 10 milhões e prazo de vigência que deve variar entre cinco e trinta e cinco anos (art. 2º, §4º, I, e art. 5º, I, da Lei 11.079/2004). As parcerias público-privadas possuem algumas distinções que não interessam para o fim da presente dissertação²⁶³.

Importante anotar que a Lei 11.079/2004 também prevê a concessão administrativa, mas não se trata de concessão de serviço público, mas de contrato de prestação de serviços em que a Administração Pública é usuária direta ou indireta, como bem delimita o §2º, do art. 2º, do citado diploma legal. Esse tipo de concessão envolve o fornecimento de infraestrutura aliado à prestação de serviços²⁶⁴. Por não ser concessão de serviço público, sua análise foge ao escopo do presente trabalho.

Feita essa análise sobre a espécies de concessão de serviço público, vamos enfrentar o regime de exclusividade ou de competitividade a que elas podem se submeter.

²⁵⁹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria público-privada**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 21.

²⁶⁰ Art. 2º, §1º, da Lei 11.079/2004: § 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

²⁶¹ GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 40.

²⁶² GARCIA, Flávio Amaral, 2019, p. 41.

²⁶³ Sobre o assunto, conferir especialmente: GUIMARÃES, Fernando Vernalha, 2013; GARCIA, Flávio Amaral, 2019; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2015; e JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). **Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

²⁶⁴ GARCIA, Flávio Amaral, 2019, p. 42.

5.2.3.3 *As duas formas de delegar: com ou sem competitividade*

As concessões de serviço público podem ser delegadas em regime de exclusividade (monopólio²⁶⁵) ou regime de competição (livre iniciativa). A questão da exclusividade na prestação dos serviços públicos era tradicionalmente levantada como uma das características intrínsecas dessas atividades, que seriam prestadas diretamente pelo Estado sem se sujeitar à livre iniciativa²⁶⁶. Todavia, esse conceito foi superado, como visto acima, e hoje é plenamente admitida a prestação de serviços públicos em regime de competição e livre iniciativa²⁶⁷.

Conforme leciona Vitor Schirato, a prestação dos serviços públicos em regime de competição é uma decorrência do princípio constitucional da ordem econômica da livre iniciativa, que deve ser restringido apenas excepcionalmente, e da ausência de regras constitucionais que determinam a exclusividade na prestação de serviços públicos²⁶⁸.

Nesse sentido, o art. 16 da Lei 8.987/1995 prevê que os serviços públicos não serão concedidos em regime de exclusividade, assegurando o direito dos usuários de utilizar os serviços com liberdade de escolha entre vários prestadores (art. 7º, II, da Lei de Concessões). Essa decisão diz respeito à natureza do serviço e o seu modo de prestação ideal²⁶⁹. Com efeito, somente haverá a exclusividade e o monopólio quando for impossível o seu desempenho em regime de competição, por motivos técnicos ou econômicos²⁷⁰.

A competição será tecnicamente inviável quando dois ou mais sujeitos não puderem desenvolver a mesma atividade. Economicamente será descabida a competição se a prestação dos serviços por mais de um agente não permitir a obtenção de resultados que permitam a manutenção dos serviços. Trata-se do monopólio natural²⁷¹.

²⁶⁵ Usei aqui o termo corrente de monopólio para dizer serviço exclusivo. Todavia, no julgamento a respeito da constitucionalidade do “monopólio” da ECT, o STF distinguiu monopólio de exclusividade, pois monopólio somente existiria nas atividades econômicas privadas, enquanto nos serviços públicos, haveria o privilégio da exclusividade na sua prestação. Confira-se: BRASIL. STF. ADPF 46, rel. p/ acórdão Min. Eros Grau, j. em 05/08/2009, p. 89-90.

²⁶⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de, 2013, p. 390.

²⁶⁷ O tema discutido aqui é a competição no mercado e não pelo mercado. Esta última ocorre mesmo que a prestação se dê em regime de exclusividade, já a competição no mercado realiza-se principalmente se houver mais de um agente explorando a atividade.

²⁶⁸ SCHIRATO, Vitor Rhein. **Concorrência na prestação dos serviços públicos e seus limites**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, ano 18, n. 71, jul./set. 2020, Belo Horizonte, p. 223.

²⁶⁹ COUTO E SILVA, Almiro do, 2009, p. 16.

²⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal, 2003, p. 40.

²⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal, 2003, p. 40.

A prestação dos serviços públicos em regime de concorrência não é desprovida de sentido, ela é um instrumento para a realização eficiente dos objetivos dos serviços públicos²⁷². Isso porque, em teoria, o aumento do número de competidores acarreta a necessidade de maior esforço entre eles para oferecer bens e serviços de maior qualidade e menores preços²⁷³. Consequentemente, o usuário de serviços ganhará tanto em qualidade quanto em quantidade. Assim, a instituição da concorrência nos serviços públicos deve buscar a concretização dessas possíveis vantagens, que implicarão a prestação de serviços melhores e mais baratos. Porém, se as finalidades buscadas pelo serviço público não puderem ser alcançadas por causa da concorrência, ela deverá ser afastada²⁷⁴.

A implementação da concorrência na prestação dos serviços públicos pode se dar de variadas formas, destacando-se especialmente a diferença da instituição de concorrência quando todos os agentes são submetidos ao mesmo regime jurídico e quando há assimetria de regimes regulatórios.

A assimetria de regimes jurídicos ocorre quando agentes econômicos desempenham a mesma atividade, mas submetidos a regimes distintos.^{275 276} Isto é, a qualificação da atividade como serviço público não proíbe que a mesma atividade seja explorada em regime jurídico distinto²⁷⁷. Por exemplo, no setor de portos, temos terminais portuários submetidos ao regime público e outros submetidos ao regime privado, dependendo da sua localização dentro ou fora do porto organizado²⁷⁸.

Já a hipótese de prestação de serviços públicos sem assimetria de regimes se dá quando todos os sujeitos estão submetidos ao mesmo regramento regulatório e não há a livre entrada de novos agentes. Também ocorre essa situação quando diversos agentes submetidos ao mesmo regime concorrem com outros agentes sujeitos a regime jurídico

²⁷² ARAGÃO, Alexandre Santos de, 2013, p. 402.

²⁷³ SCHIRATO, Vitor Rhein, 2012, p. 146.

²⁷⁴ SCHIRATO, Vitor Rhein, 2012, p. 160.

²⁷⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de, 2013, p. 414

²⁷⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Marina Fontão. **Limites das assimetrias regulatórias e contratuais**: o caso dos aeroportos. Revista de Direito Administrativo – RDA, v.277, n. 1, jan./abr. 2018, p. 181-186.

²⁷⁷ SCHIRATO, Vitor Rhein, 2012, p. 288.

²⁷⁸ MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado. **Regulação e delimitação de regimes jurídicos** – caso “portos públicos e privados”: acórdãos ns 402/2013 e 989/2017, TCU. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann; GUERRA, Sérgio. **Dinâmica da regulação**: estudos de casos da jurisprudência brasileira a convivência dos tribunais e órgãos de controle com agências reguladoras, autoridade da concorrência e livre iniciativa. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 50.

diverso. Essa hipótese é típica de quando é necessário que os agentes estejam submetidos a regimes jurídicos idênticos²⁷⁹.

Além disso, a submissão de concessão de serviços públicos a um regime de competição gera efeitos nesses contratos, especialmente, quanto à política tarifária, ao regime de bens e a relação da concessionária com o poder concedente²⁸⁰. Em primeiro lugar, é necessária a utilização de instrumentos de flexibilidade tarifária em substituição ao modelo de tarifa imposta pelo Estado, o que permitirá que os agentes ofereçam preços competitivos aos usuários. Em segundo, a existência de competição poderá ensejar o compartilhamento de bens e infraestrutura dos bens afetos à concessão com outras concessionárias, para viabilizar a existência de competição sem a duplicação de infraestrutura. Em terceiro, quanto maior competitividade, menores deverão ser os poderes exorbitantes delegados aos concessionários²⁸¹.

Em razão da relevância social, juridicamente reconhecida, das atividades qualificadas como serviço público, deve-se ter cautela quanto a algumas possíveis consequências da inclusão do regime de competição que podem afetar o controle e a qualidade dos serviços prestados, tais como: (i) assimetria informacional, consistente no fato de os agentes econômicos possuírem mais informações sobre sua atividade do que os reguladores, dificultando o controle da atividade; (ii) tendência dos agentes explorarem as parcelas mais lucrativas do mercado, dificultando a universalização e igualdade na prestação do serviço; (iii) excesso de competição pode aumentar o custo fixo e implicar aumento das tarifas pagas pelos usuários, dentre outros²⁸².

Esses possíveis efeitos da instauração de competição na prestação de serviços públicos devem ser levados em conta pelos reguladores, de modo a permitir a criação de regras que permitam a sua mitigação – ainda que seja impossível suprimir em absoluto todos esses efeitos, pois são decorrências naturais da competição.

Feitas essas considerações, devemos analisar qual seria o modelo mais adequado para a concessão dos jogos lotéricos.

5.2.3.4 A alternativa possível de concessão de jogos lotéricos com competitividade

²⁷⁹ SCHIRATO, Vitor Rhein, 2012, p. 280.

²⁸⁰ SCHIRATO, Vitor Rhein, 2012, p. 300.

²⁸¹ SCHIRATO, Vitor Rhein, 2012, p. 300-303.

²⁸² ARAGÃO, Alexandre Santos de, 2013, p. 400.

Do exposto, tratando-se da atividade lotérica como sendo de natureza jurídica de serviço público, pode-se concluir que a forma aparentemente mais adequada de realizar a sua delegação, no contexto brasileiro, é por meio de concessão comum em um ambiente de competitividade.

Primeiramente, os jogos lotéricos somente podem ser delegados por meio de uma concessão comum e não de concessão patrocinada, pois, nessa atividade econômica, não há qualquer espécie de remuneração do concessionário por parte do Poder Concedente.

A lógica financeira da exploração de jogos lotéricos (e de quaisquer jogos de azar) é justamente a arrecadação de dinheiro para o Estado. Aqui identificamos duas peculiaridades dos jogos lotéricos. A primeira delas consiste em não se tratar de um serviço imprescindível à sociedade, pois não é necessário para garantir a existência digna dos cidadãos. Consequentemente, o Estado não tem a necessidade de prover esse serviço – o que coloca em dúvida a própria qualificação dessa atividade como serviço público, como exposto acima. Por esse motivo, é incompatível que a sua prestação seja realizada mediante contraprestações públicas, eis que ela não é imprescindível para a manutenção da atividade.

A segunda peculiaridade repousa no fato de que os jogos lotéricos são uma atividade potencialmente lucrativa. Inclusive, o principal interesse na sua exploração é a geração de receitas, seja para embolso direto pelos cofres públicos, seja para investimentos realizados pelos concessionários. O que significa que a sua exploração não depende de receitas públicas. Mais do que isso, se a exploração se torna deficitária, a solução não é a sua garantia mediante repasse de verbas públicas, mas a alteração de normas regulatórias onerosas para as concessionárias ou, em último caso, a extinção da concessão.

Isso posto, fica evidente que a lógica financeira da exploração de jogos lotéricos torna essa atividade incompatível com o regime da concessão patrocinada. Os jogos de lotéricos são explorados para gerar receita para o Estado e não o inverso. Tanto é assim que em nenhum dos sistemas jurídicos estrangeiros analisados que delegam os jogos lotéricos para a iniciativa privada há a previsão de pagamento contraprestação pública para o concessionário. Em todos eles, sempre há pagamento das concessionárias para o Estado. Ou seja, a liberação e regulação dos jogos lotéricos sempre tem como um dos objetivos a arrecadação fiscal para o Estado.

Inviável a concessão patrocinada, resta o regime da concessão comum, o qual possui flexibilidade suficiente para instrumentalizar a delegação de jogos lotéricos para

os particulares, na medida em que admite que seja conferida certa liberdade para o concessionário, desde a concepção do projeto, passando pela estruturação dos investimentos e a forma de obter receitas alternativas para o projeto²⁸³. Com isso, queremos dizer que as peculiaridades dos jogos lotéricos podem muito bem ser contempladas em uma modelagem contratual de concessão comum adequada.

Em segundo lugar, o regime ideal para delegação dos jogos lotéricos é de competitividade e não de exclusividade. Como visto, a competição deve ser afastada somente quando for inviável técnica e economicamente.

Sob o ângulo técnico, não existe nenhum impedimento para que mais de um operador explore os jogos lotéricos em regime de competição. É perfeitamente possível que diversos agentes operem na mesma localidade, inclusive na mesma rua, competindo entre si por meio do oferecimento dos melhores serviços. A competição também é viável economicamente, em regra. Se os concessionários não tiverem que suportar ônus desproporcionais, o potencial lucrativo da exploração dos jogos lotéricos não impede o regime de concorrência. Importante, portanto, que a regulação seja proporcional e submetida a constantes avaliações de impacto. Afinal, a imposição de exigências que gerem custos para os operadores pode afetar a saúde financeira e colocar a competição em risco.

Além disso, a restrição à competitividade na prestação de serviços públicos somente pode ser realizada quando for necessária, adequada e proporcional para a melhor prestação do serviço. Isto é, quando for medida que viabilizará a universalidade, continuidade e modicidade tarifária²⁸⁴. Ocorre que é desnecessária a restrição da competitividade para alcançar a melhor prestação dos serviços de jogos lotéricos – até porque a exploração dos jogos lotéricos não é nem mesmo compatível com noções como universalidade e continuidade. Assim, é desproporcional a restrição da competitividade na prestação dos jogos lotéricos.

Feita essa conclusão, devemos desenvolver brevemente algumas hipóteses de como poderia se dar esse regime de competição. Para tanto, partimos dos dois extremos possíveis. De um lado, temos a situação em que não existe competição em absoluto, quando os operadores de jogos lotéricos o fazem em regime de monopólio jurídico. É o caso de Portugal, onde a Santa Casa de Misericórdia detém o monopólio de exploração de modalidades lotéricas naquele país. De outro lado, temos a hipótese em que não existe

²⁸³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2015, p. 182.

²⁸⁴ SCHIRATO, Vitor Rhein, 2020, p. 227.

nenhuma restrição relevante de entrada no mercado, podendo operar todos aqueles que atenderem os requisitos legais, sem limitações de quantidade ou de área. As possíveis hipóteses de um ambiente competitivo inserem-se entre esses dois extremos, incluindo o extremo de absoluta liberdade e excluindo aquele de monopólio.

Podemos citar como modelo mais básico de competição aquele em que as concessões são realizadas sempre com mais de um operador para determinada localidade. Desse modelo básico, é possível variar a intensidade de competição de acordo com a quantidade de operadores que serão admitidos e em quais locais eles poderão explorar os jogos lotéricos.

É necessário, entretanto, ter cautela para que o ambiente competitivo não seja frustrado pela existência de poucos operadores. Diante disso, é imprescindível que se faça um estudo econômico de demanda e potencial retorno comercial da atividade. Além disso, a demanda deve ser continuamente monitorada e avaliada, de modo a permitir a criação de novas zonas de jogos e a liberação de novos operadores.

Por fim, cogitamos um modelo aberto em que todos os interessados que preencherem os requisitos previstos no Edital da licitação podem receber a concessão de jogos lotéricos para explorar a atividade com relativa liberdade. Seria um modelo em que não haveria competição para a concessão do serviço, nem exclusão da contratação de interessados aptos. Consequentemente, a licitação seria inexigível porque não haveria competição²⁸⁵, podendo-se manejar o procedimento auxiliar à contratação pública. Essa hipótese pode gerar mais controvérsias, pois subverte a lógica tradicional de que as concessões são precedidas de licitação, em que deve haver disputa de propostas econômicas entre os interessados para o recebimento da outorga.

Ressalta-se, porém, que não existe nenhuma vedação para a realização de contratação direta de concessão por inexigibilidade, desde que atendidos os requisitos legais.²⁸⁶ Nessa hipótese, a licitação seria inexigível justamente pela ausência de competição, pois o mercado estaria aberto para todos aqueles que atendessem aos requisitos legais. Toda empresa interessada que atendessem aos requisitos legais e regulamentares, seria contratada. Nesse caso, a contratação deve ser precedida de um processo administrativo equivalente a um credenciamento, que é adequado para a contratação nas hipóteses em que não existe exclusão de interessados (contratação

²⁸⁵ CAMAROSANO, Márcio. Inexigibilidade de licitação – conceito e preconceito. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, ano 15, n. 170, Belo Horizonte, fev. 2016, p. 61.

²⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal, 2003, p. 284.

paralela e não excludente).²⁸⁷ Esse processo seria voltado para aferir se o interessado atende aos requisitos legais e, ao final, assinar o contrato de concessão. É imprescindível que esse processo, caso adotado, seja devidamente disciplinado pela regulação.

Essa última hipótese substitui a opção do Estado em receber as melhores propostas financeiras por um número reduzido e certo de concessões, para uma alternativa em que se terá uma quantidade muito maior de concessionárias operando a atividade. A decisão a respeito de qual opção é melhor deve ser baseada em critérios econômicos, de identificar em qual modelo o Estado será capaz de arrecadar mais receitas com a exploração da atividade – sendo esse o objetivo principal da regulação dos jogos lotéricos estaduais.

Ademais, é importante destacar que essa decisão pode variar em cada estado-membro, sendo perfeitamente possível que um modelo seja adequado para uma localidade e inadequado para outra. Por isso, reforça-se a importância de um estudo técnico de viabilidade econômica de cada projeto.

Essas são algumas das opções de estruturação das concessões de jogos lotéricos em regime de competição, que vislumbramos como a forma mais adequada de atingir os objetivos perseguidos por meio da liberação dessas atividades. A escolha entre elas conterà, inevitavelmente, uma alta carga política, mas também um conteúdo econômico de especial relevância.

Indicada a melhor forma de se delegar os jogos lotéricos enquanto serviços públicos, passemos a aprofundar como essa atividade poderia ser explorada se ela não fosse qualificada como serviço público.

5.2.4 As implicações de uma eventual qualificação da atividade lotérica como atividade econômica e a sua regulação pelo estado

Uma opção completamente distinta de liberação de jogos lotéricos poderia ocorrer caso houvesse o enquadramento como atividade econômica privada, sem a qualificação de serviço público. Pelas razões já expostas acima, entendemos que essa seria a opção mais adequada porque a exploração de jogos lotéricos não tem relação direta com o atendimento a nenhum direito fundamental.

As consequências principais de os lotéricos serem explorados como atividade econômica, sem ser serviço público, são a ausência de titularidade estatal, a submissão ao

²⁸⁷ JUSTEN FILHO, Marçal, 2016, p. 77.

regime de direito privado e a desnecessidade de um título autorizador para ingresso no mercado. Os jogos lotéricos estariam inseridos no setor privado da economia e submetidos aos princípios e regras de direito privado, especialmente a livre iniciativa, nos termos do artigo 170 da Constituição Federal.

Isso não significa, entretanto, que a atividade seria imune a interferência estatal, se necessário. O que muda é o porquê e a forma como o Estado pode afetar a atividade. Ele não o faria por ser titular da atividade e para se desincumbir da sua obrigação de prover o serviço público, mas pela necessidade de evitar e mitigar danos sociais decorrentes da exploração da atividade econômica, bem como para alcançar finalidades públicas. Assim, por meio da atividade de regulação de uma atividade privada, o Estado busca atingir essas finalidades coletivas²⁸⁸.

Primeiramente, precisamos trazer a definição de regulação para fins do presente trabalho. Apesar de ser um conceito polissêmico e com diversas discussões, adotamos o conceito de que a regulação é o “condicionamento, coordenação e disciplina da atividade privada”²⁸⁹. Trata-se de uma espécie de intervenção estatal em determinada atividade para orientar comportamento de agentes econômicos para a obtenção de resultados positivos para a sociedade.^{290 291}

Esse conceito de função regulatória e competência do Estado para exercê-la encontra fundamento no artigo 174 da Constituição Federal, que prevê que o Estado tem a obrigação de atuar de forma a promover as funções de fiscalização, incentivo e planejamento das atividades econômicas.²⁹²

As finalidades perseguidas por meio da regulação são, geralmente, divididas em econômicas e não econômicas (ou regulação social²⁹³).²⁹⁴ A regulação por razões econômicas serve, essencialmente, para corrigir as falhas de mercado, como monopólios,

²⁸⁸ FREITAS, Juarez. **Regulação administrativa e principais vieses**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, ano 16, n. 63, jan./mar. 2016, Belo Horizonte, p. 93-105.

²⁸⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal**: administração pública de resultados e análise de impacto regulatório. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 137.

²⁹⁰ GARCIA, Flávio Amaral, 2019, p. 81.

²⁹¹ De modo similar, Floriano Marques Neto define regulação como sendo “a atividade estatal mediante a qual o Estado, por meio de intervenção direta, condiciona, restringe, normatiza ou incentiva a atividade econômica de modo a preservar a sua existência, assegurar o seu equilíbrio interno ou atingir determinados objetivos públicos como a proteção de hipossuficiências ou a consagração de políticas públicas” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2002, p. 14).

²⁹² GUERRA, Sérgio. **Regulação estatal e novas tecnologias**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 18, n. 100, nov./dez. 2016, p. 201 e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, ano 9, n. 33, Belo Horizonte, jan./mar. 2011, p. 6.

²⁹³ WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme, 2013, p. 25.

²⁹⁴ COUTINHO, Diogo R., 2014, p. 100.

externalidades e assimetria de informações.²⁹⁵ Essa regulação é baseada na concorrência e eficiência.²⁹⁶

De outra banda, a regulação não econômica, ou denominada social por alguns autores, busca a efetivação de direitos fundamentais, possuindo caráter redistributivo porque busca diminuir desigualdades sociais.²⁹⁷ Ou, de modo mais simples, podemos dizer que a regulação por razões não econômicas é aquela cuja preocupação “transcende aspectos de eficiência pura”, tendo como exemplos a estipulação de regras para garantir obrigações de fornecimento, continuidade e universalização, para assegurar qualidade do serviço e proteger consumidores vulneráveis.²⁹⁸ Ou seja, essa regulação busca a promoção do desenvolvimento e a concretização do Estado de índole social previsto na Constituição Federal.²⁹⁹

Assim, a regulação pode incidir sobre quaisquer atividades econômicas que exijam essa atuação estatal, sendo serviço público ou não. A regulação sobre serviços públicos pode ser distinguida pela submissão a regimes jurídicos especiais, com incidência de normas de direito público – como visto acima. Por sua vez, a regulação de atividades econômicas privadas deve estar em consonância com o regime de direito privado, orientado pelo princípio constitucional da livre iniciativa.

A regulação é concretizada por meio da implementação de uma estrutura destinada à regulação, que é responsável por editar normas, realizar a sua implementação, fiscalizar o seu cumprimento, inclusive mediante o sancionamento de infrações³⁰⁰. Isto é, a regulação ocorre por meio da instauração de normas para estabelecer as regras de conduta, de modo a buscar que as ações futuras obedeçam às normas, por intermédio da prefixação de vantagens ou punições.³⁰¹

Diogo Coutinho apresenta um interessante rol de instrumentos para alcançar as finalidades perseguidas pela regulação. O mais relevante para o nosso estudo é a realização de regulação por incentivos econômicos para buscar maior eficiência, o monitoramento de obrigações assumidas pelas empresas, o estabelecimento de metas e

²⁹⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, 2015, p. 41.

²⁹⁶ WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme, 2013, p. 26.

²⁹⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, 2015, p. 43.

²⁹⁸ COUTINHO, Diogo R., 2014, p. 101.

²⁹⁹ BAPTISTA, Patrícia. **A evolução do Estado regulador no Brasil** – Desenvolvimento, globalização, paternalismo e judicialização. Fórum Administrativo – FA, ano 15, n. 175, Belo Horizonte, set. 2015, p. 61.

³⁰⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, 2015, p. 137.

³⁰¹ MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 111 e 113.

critérios de avaliação de performance, o recebimento e processamento de reclamações e a adoção de metas e princípios de proteção do consumidor³⁰².

Esses instrumentos podem ser enquadrados em seis categorias de ferramentas regulatórias: (i) econômicas, como o controle de preços; (ii) transacionais, o que pode ser identificado na influência de comportamentos por meio de contratos; (iii) de autorização, como exigências de registro e licenças; (iv) informacionais, por exemplo, a rotulagem de produtos; (v) estruturais, de projeto físico; e (vi) legais, por meio de leis e normas.³⁰³

Portanto, a regulação estatal da economia pode ocorrer por motivos diversos e mediante variados instrumentos. A intensidade e a abrangência dessa regulação em cada setor econômico variam de acordo com o que é necessário para alcançar as finalidades perseguidas com essa intervenção.³⁰⁴ Assim, a regulação encontra limites no princípio constitucional da livre iniciativa, que somente pode ser restringindo de forma excepcional nos casos de absoluta necessidade para a consecução de finalidades públicas.³⁰⁵ Em decorrência do princípio da livre iniciativa, existe um direito subjetivo à entrada e permanência no mercado, não sendo necessário um título constitutivo para tanto, ainda que o exercício da atividade seja condicionado à obtenção de uma autorização.³⁰⁶

Ademais, a existência de regulação estatal sobre determinado setor da economia possui três efeitos principais. Em primeiro lugar, a regulação pode exigir o atendimento a determinados requisitos para que seja concedida autorização para o desempenho da atividade econômica, que não poderá ser desempenhada livremente e independente de autorização. Apesar de mantida a livre iniciativa e não haver, em regra, restrições quantitativas de acesso ao mercado regulado, isto é, limitação do número de operadores, existe a necessidade do cumprimento de requisitos regulatórios para que o particular possa atuar nesse mercado. Por isso, pode ser necessária a obtenção de autorização para o exercício da atividade privada. Importante destacar que essa autorização é declaratória e não constitutiva, pois ela apenas reconhece que o particular pode desenvolver atividade

³⁰² COUTINHO, Diogo R., 2014, p. 100-101.

³⁰³ WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme, 2013, p. 23

³⁰⁴ GUERRA, Sérgio, 2016, p. 207

³⁰⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Uber, Whatsapp, Netflix: os novos quadrantes da publicatio e da assimetria regulatória. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 25 e 44.

³⁰⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de, 2013, p. 193.

econômica que a Constituição já o autoriza a realizar, distinguindo-se da autorização constitutiva prevista no art. 21 da Constituição Federal, por exemplo.³⁰⁷

Em segundo lugar, a atividade privada será funcionalizada e condicionada ao cumprimento das normas estabelecidas pelo regulador. Ou seja, o particular não poderá exercer a sua atividade livremente, obrigando-se ao cumprimento das normas regulatórias. Em último lugar, o particular submete-se ao constante controle e fiscalização de suas atividades pelos órgãos reguladores, que poderão, inclusive, impor sanções pelo descumprimento destas normas.

Diante disso, passamos a analisar a possibilidade de os jogos lotéricos serem liberados como atividade privada, sujeita ao regime de livre iniciativa, mas sob forte regulação estatal.

A necessidade de regulação estatal dos jogos de azar decorre de razões econômicas e não econômicas. Do ponto de vista econômico, identificamos que os jogos lotéricos possuem potencial de gerar externalidades negativas pela possível geração de custos sociais em decorrência da exploração da atividade. Constituem externalidades negativas os ônus suportados por terceiros como decorrência do desempenho normal da atividade econômica.³⁰⁸

Em um exercício hipotético, Carlos Ragazzo e Gustavo Ribeiro arrolam como possíveis custos sociais gerados pela exploração de jogos de azar: (i) aumento de incidência de patologias relacionadas aos jogos de azar, o que pode ser suportado pelos dados das jurisdições em que houve liberação da atividade; (ii) aumento do endividamento e casos de falência pessoal de uma parcela de jogadores, especialmente nos casos de jogadores patológicos; (iii) custos produtivos, associados com perda de salários de empregados e redução de produtividade de empregados que faltam ao trabalho por conta do jogo; (iv) impacto na criminalidade de forma indireta, pois os jogos de azar poderiam atrair atividades criminosas como exploração de prostituição, tráfico de drogas, contrabando, dentre outras.³⁰⁹

Ressaltamos que a existência desses custos é hipotética em grande medida, pois é muito difícil prever, de antemão, quais serão efetivamente os custos sociais decorrentes

³⁰⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. A nova lei dos portos e os regimes de exploração dos portos brasileiros. In: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno; FREITAS, Rafael Vêras de (coord). **A nova regulação da infraestrutura e da mineração**: portos, aeroportos, ferrovias, rodovias.; Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 128.

³⁰⁸ OLIVERA, Rafael Carvalho Rezende, 2015, p. 41.

³⁰⁹ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Jopper; RIBEIRO, Gustavo Sampaio de Abreu. **O dobro ou nada: a regulação de jogos de azar**, Revista Direito GV, São Paulo, jul-dez 2012, p. 631-634.

da exploração das lotéricas pelos estados (e a posterior liberação dos jogos de azar) no Brasil. Se é mais provável o aumento dos casos de jogadores com patologia, como mostra a experiência internacional, é menos provável que a liberação dos jogos de azar realmente implique aumento de criminalidade de forma indireta. De todo modo, indicamos todos esses custos apontados pela doutrina que deverão ser observados e, eventualmente, serão objeto de normas regulatórias para suprimi-los ou mitigá-los.

Já sob o ponto de vista não econômico, a regulação dos jogos lotéricos também se justificaria, especialmente, para assegurar a integridade dos jogos explorados pelas empresas, de modo a garantir que os jogos não sejam manipulados, e para proteger os consumidores dessa atividade.³¹⁰

Para alcançar essas finalidades, os três principais instrumentos para garantir o atingimento das finalidades regulatórias seriam: (i) edição de normas que devem ser cumpridas pelos particulares interessados em explorar os jogos; (ii) exigência de autorização para operação no mercado de jogos, a ser concedida em um processo de licenciamento; e (iii) fiscalização e controle da atividade pelo órgão regulador.

A edição de normas é o principal instrumento para induzir comportamento dos interessados em explorar os jogos, para assegurar que as externalidades negativas sejam extirpadas e os objetivos sociais perseguidos pelo Estado fossem alcançados. Por meio dessas normas, pode-se definir como os jogos serão explorados e quem poderá desenvolver essa atividade.

Já a exigência de autorização e o processo prévio para concedê-la são instrumentos imprescindíveis para assegurar que somente as pessoas que atendam às exigências das normas regulatórias possam explorar os jogos lotéricos (e, futuramente, os demais jogos de azar). Sendo assim, é por meio da obrigatoriedade de autorização para desenvolver as atividades que o Estado pode cumprir as normas legais e regulatórias sobre quem pode desenvolver a atividade.

Reitera-se que essa autorização não possui natureza constitutiva e não tem relação com aquela prevista no artigo 21 da Constituição Federal. Trata-se de autorização por meio da qual o Estado permite que os particulares exerçam atividades privadas de relevância pública,³¹¹ que lhe são constitucionalmente asseguradas, mas que podem ser condicionadas à autorização por força do art. 170, parágrafo único da Constituição

³¹⁰ COUTINHO, Diogo R., 2014, p. 101.

³¹¹ NESTER, Alexandre Wagner, 2019, p. 22.

Federal.³¹² É um instrumento de restrição da livre iniciativa, para atingir as finalidades públicas perseguidas pela regulação.

Com efeito, a exigência de autorização implicará restrições de acesso ao mercado dos jogos lotéricos, pois somente os agentes que comprovarem atender aos requisitos regulatórios poderiam explorar essa atividade. Todavia, não existiria uma limitação genérica de quantidade de empresas autorizadas a explorar a atividade ou restrições amplas de locais em que a atividade poderia ser explorada. A atividade permaneceria sujeita à livre iniciativa, mas com restrições que permitam alcançar as finalidades perseguidas pela regulação, indicadas há pouco.

Por fim, o Estado exercerá a fiscalização e controle dos jogos lotéricos, de modo a garantir o cumprimento das normas legais e regulatórias e o atingimento das finalidades públicas desse setor econômico.

De modo geral, esse é o cenário possível de exploração dos jogos lotéricos estaduais sem a sua qualificação como serviço público.

5.2.5 A busca pelo amplo controle do estado sobre a exploração dos jogos lotéricos e a natureza jurídica da atividade

Feitas as considerações acima, indaga-se qual seria a melhor forma, do ponto de vista jurídico, de explorar os jogos lotéricos, mediante a sua qualificação como serviço público ou não, para atingir a política pública sobre o setor.

Como desenvolvido acima, em qualquer dos casos, o Estado poderá exercer seu poder normativo para regular e disciplinar a atividade, seja serviço público, seja atividade econômica privada. Em ambos os casos, o Estado poderá prever normas de conduta, limitar o acesso ao mercado com o estabelecimento de condicionantes para o ingresso, fiscalizar e controlar o cumprimento das normas e sanções. Ou seja, independentemente da forma como a atividade será qualificada, o Estado poderá deter a competência para regular o setor. Por isso, em termos gerais, a qualificação como serviço público não possui tantos efeitos práticos de modo abstrato, dependendo mais de como esse serviço seria regulado.

³¹² MOREIRA, Egon Bockmann, 2010, p. 60.

A regulação normativa pode ser excessivamente restritiva e limitadora em qualquer dos casos. Por isso, reputa-se mais relevante o estudo de como a regulação da atividade pode ser realizada do que a natureza jurídica dessa atividade em si.

Não obstante, isso não impede a conclusão de que a exploração dos jogos lotéricos sob o regime de direito privado é mais compatível com a promoção de ampla competição dentro do mercado, pois possui, em tese, menos restrições de ingresso nesse setor da economia. Essa vantagem, entretanto, pode não existir, a depender da regulação legal da atividade, tanto como serviço público, como atividade econômica privada.

Analizadas as possíveis formas de exploração de jogos lotéricos, passa-se a discutir o processo de liberação (licitação e licenciamento) e os requisitos para o desenvolvimento da atividade.

5.3 Requisitos e procedimentos para a exploração de jogos lotéricos

A exploração dos jogos lotéricos pela iniciativa privada não deve ser feita de forma indiscriminada e irrestrita, em razão das características dessa atividade e dos objetivos perseguidos pela política pública regulatória. Por esses motivos, é necessário estabelecer requisitos que deverão ser cumpridos pelos interessados na exploração dessa atividade. Tais requisitos pouco ou nada variam pela natureza jurídica da atividade, se serviço público ou não. Por isso, tratar-se-á deles de modo geral a partir do viés mais formalista das licitações públicas, mas eles podem ser igualmente exigidos em um processo de autorização de atividade econômica privada. Na sequência, tratarei brevemente dos procedimentos, licitação pública e licenciamento, no que for peculiar aos jogos lotéricos.³¹³

5.3.1 A incidência das regras de licitação pública no caso de concessão de serviço público

Se os jogos lotéricos forem objeto de concessão de serviço público, a sua delegação deverá ser precedida de licitação pública, conforme exige o artigo 175 da Constituição Federal. A licitação pode ser inexigível ou, muito excepcionalmente,

³¹³ O objeto do presente capítulo não é um estudo amplo das licitações e requisitos de habilitação, mas a indicação de particularidades da exploração de jogos de azar e a indicação de algumas regras adotadas em jurisdições estrangeiras.

dispensada. As hipóteses mais comuns seriam a ausência de pluralidade de interessados ou a impossibilidade de seleção objetiva dos concessionários. A dispensa, em regra, não ocorre nas concessões, salvo se o serviço público for irrelevante ou sejam extremamente graves os efeitos da adoção de procedimento licitatório³¹⁴. Todavia, a princípio, não incidem essas hipóteses no caso de concessão de jogos lotéricos, sendo necessária a licitação pública.

A regra geral é que a licitação deverá ser realizada na modalidade de concorrência, por força do art. 2º, II, da Lei nº 8.987/1995. Assim, o procedimento licitatório está previsto de forma geral pela Lei Geral de Licitações e Contratos (antiga Lei 8666/93 e atual Lei 14.133/2021) e possui regras específicas na Lei 8.987/1995.

5.3.2 Os requisitos legais de habilitação para a licitação de concessão de serviço público

A Lei 8.987/1995 prevê de forma genérica que a concessão de serviço público será outorgada para pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstrarem possuir capacidade para seu desempenho (art. 2º, II). Os critérios e os documentos necessários para a demonstração da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica e fiscal deverão estar previstos no edital de licitação (art. 18, V).

As regras específicas sobre as condições de participação e os requisitos de habilitação estão previstos na Lei 14.133/2021 e na Lei de Concessões. Antes de tratarmos dessas exigências, deve-se distinguir condições de participação e requisitos de habilitação. Enquanto aquelas se referem à admissibilidade do interessado na disputa, estes são relativos à idoneidade para a execução do contrato³¹⁵. A diferenciação entre os dois conceitos é útil porque autoriza a realização e exigências de participação além do elenco legal de requisitos de habilitação. Em qualquer caso, afigura-se ilegal a realização de exigências excessivas ou desnecessárias para a garantia do mínimo para a Administração. Isto é, a imposição de requisitos de habilitação ou condições de participação não pode frustrar desnecessariamente o caráter competitivo do certame.

Dentre as condições de participação, pode-se destacar: (i) as vedações previstas no art. 9º da Lei 14.133/2021, especialmente a proibição de participação de servidor ou dirigente do órgão responsável pela Administração, (ii) a possível vedação de participação de consórcios, (iii) a existência de punição impeditiva de participação em licitação e (i) o

³¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal, 2003, pp. 284-287.

³¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal, 2003, p. 222.

preenchimento de requisitos necessários à execução contratual, como a exigência de determinadas licenças, quando necessárias à execução do serviço.

Por sua vez, os requisitos de habilitação estão previstos nos artigos 62 a 70 da Lei 14.133/2021 e, basicamente, dividem-se em qualificação (i) jurídica, (ii) técnica, (iii) fiscal, social e trabalhista e (iv) econômico-financeira. Essas condições são taxativas, não sendo possível estabelecer outros requisitos de habilitação.

É necessário destacar que esses requisitos representam o máximo que pode ser exigido dos particulares como requisito de qualificação, e não o mínimo. Ou seja, não é necessário valer-se de todos esses requisitos em toda e qualquer licitação, o que deve ser examinado no caso concreto.³¹⁶ Assim, as exigências deverão ser feitas segundo um critério de adequação e pertinência, para assegurar que não haja restrição indevida de acesso ao certame.³¹⁷

Da experiência estrangeira se pode extrair que, geralmente, são exigidas três espécies de requisitos para a exploração de jogos como um todo, quais sejam: (a) integridade, honestidade e bom caráter do operador (idoneidade); (b) competência empresarial e experiência, em jogos ou em negócios em geral (competência técnica); (c) adequação da proposta financeira de investimento (qualificação financeira).³¹⁸

Esses três itens, inclusive, são compatíveis com a legislação brasileira, e o primeiro requisito é relativo a condições de participação, ao passo que os outros dois dizem respeito à habilitação propriamente dita. Aprofundar-se-á, abaixo, o que significa cada requisito de habilitação e sua particularidade em relação aos jogos lotéricos.

5.3.2.1 A habilitação jurídica das concessões de jogos lotéricos

A habilitação jurídica destina-se a assegurar que somente formule proposta quem possa validamente contratar. Por isso, as regras sobre o tema são de direito civil, e não administrativo.³¹⁹ No caso das concessões, afigura-se que o licitante comprove ser pessoa jurídica ou consórcio de empresas (art. 2º da Lei 8.987/95). Destaque-se, ademais, que é admitida a participação de sociedades estrangeiras, desde que apresentem documentos

³¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 643-644.

³¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal, 2016 (3). P. 647.

³¹⁸ NRS 463.170, 2 e 3, do **Nevada Gaming Control Act**.

³¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal, 2016 (3), p. 653.

(habilitatórios) equivalentes, na forma de regulamento emitido pelo Poder Executivo federal.³²⁰

Uma questão relevante diz respeito à participação de empresas estrangeiras na licitação e a necessidade da sua constituição em território nacional. Existem duas hipóteses de participação de empresa estrangeira em licitação. Por um lado, elas podem participar de licitações internacionais, não havendo necessidade de possuir autorização para operar no Brasil porque o objeto da licitação não demandará o funcionamento em território nacional. Com isso, procura-se atrair maior participação de estrangeiros no certame licitatório.³²¹ É o caso de fornecimento de bens produzidos no exterior, por exemplo. Por outro lado, a empresa estrangeira pode participar de uma licitação regular porque possui autorização para funcionar no país, seguindo as exigências dos arts. 1.134 a 1.141 do Código Civil, tal como prevê o art. 28, V, da Lei 8.666/1993.⁴⁶⁷ Nesse caso, ela estará sujeita ao mesmo regime legal das empresas nacionais, não havendo nenhum óbice à sua participação em licitação.

De igual modo, não há motivo para exigir que a empresa contenha determinada forma societária, como é exigido em alguns países, sendo relevante apenas a realização de exigências relativas ao atendimento das condições de participação da empresa e dos seus sócios. Isto é, as vedações relativas às pessoas físicas podem ser exigidas independentemente do tipo societário da empresa participante da licitação.

Por fim, cabe mencionar a uma hipótese de participação de empresa estrangeira em licitação sem que seja necessária a obtenção de autorização para operar no país, que ocorre quando a vencedora da licitação for obrigada a constituir uma Sociedade de Propósito Específico - SPE para executar o projeto que seja sociedade anônima, situação

³²⁰ Em se tratando do acesso de licitantes estrangeiros às contratações públicas no Brasil, pode parecer sutil a diferença do novo regime licitatório brasileiro, ainda em transição, mas foi aberta uma porta relevante que posiciona o país em passo significativo na direção do "Agreement on Government Procurement (GPA)", o Acordo de Compras Públicas da Organização Mundial do Comércio (OMC). Lembre-se que o artigo 32, § 4º, da Lei nº 8.666/93 prevê que empresas estrangeiras que não funcionem no país, tanto quanto possível, atenderão, nas licitações "internacionais", às exigências de habilitação mediante documentos equivalentes. Portanto, a lei "antiga" não permitia o verdadeiro acesso de estrangeiros às licitações nacionais. Mas o artigo 70, parágrafo único, da Lei nº 14.133/2021, a "Nova Lei de Licitações", passou a reger a matéria com uma redação diferente, nos seguintes termos: "As empresas estrangeiras que não funcionem no país deverão apresentar documentos equivalentes, na forma de regulamento emitido pelo Poder Executivo federal". Sim, haverá regulamento, mas o fato relevante é que não consta mais aquele direcionamento de equivalência de documentos estrangeiros como era limitado apenas às licitações "internacionais". Isso significa que agora se tem a porta para equivalência de documentos estrangeiros mesmo nas licitações "nacionais", uma relevante quebra de paradigma.

³²¹ MARRARA, Thiago; CAMPOS, Carolina Silva. **Licitações internacionais**: regime jurídico e óbices à abertura do mercado brasileiro a empresas estrangeiras. Revista de Direito Administrativo – RDA, . 275, maio/ago. 2017, Rio de Janeiro, p. 163.

comum em projetos de concessão de serviço público. Nesses casos, a empresa estrangeira não precisará de autorização para operar no país, porque o art. 1.134 do Código Civil dispensa tal requisito para a hipótese de a empresa estrangeira ser acionista de empresa de sociedade anônima. Como será constituída uma SPE e a empresa será apenas acionista da SPE, ela estará dispensada da autorização para funcionar no país.³²² Essa pode ser uma alternativa interessante para facilitar a participação de empresas estrangeiras em licitações de concessões de jogos lotéricos.

5.3.2.2 A qualificação técnica e a experiência prévia no setor de jogos lotéricos

A qualificação técnica é a comprovação de que o licitante domina os conhecimentos e as habilidades para executar o objeto contratado. Pelo próprio conceito, já se pode verificar que os requisitos deverão ser estabelecidos de acordo com as circunstâncias e particularidades de cada serviço licitado, sendo necessário que o ato convocatório preveja com clareza e precisão quais os requisitos necessários e indispensáveis para comprovar a qualificação técnica.

Inclui-se, entre os itens da qualificação técnica, a comprovação da aptidão para desempenho da atividade por meio de experiência anterior, que é certamente um ponto sensível nesse requisito de habilitação, posto que questões indeterminadas e imprecisas que geram maior discricionariedade da Administração Pública.³²³ Essa experiência anterior consiste na demonstração da habilidade de executar o objeto licitado, que é obtida a partir da realização de atividades iguais ou similares ao que está em disputa.

Esse tema se revela ainda mais sensível quando se percebe o cenário de assimetria de informações no qual a Administração Pública está inserida. É que, não raras vezes, os servidores responsáveis pela análise dos projetos submetidos - normalmente via Procedimento de Manifestação de Interesse - PMI - não possuem *expertise* técnica nos assuntos que lhes são submetidos, problema que pode ser tangenciado com a contratação de consultoria especializada para melhor análise dos estudos que são levados ao crivo da Administração.

Por derradeiro, destaca-se que se pode exigir essa experiência tanto da empresa quanto dos profissionais, colocando-se aqui a distinção entre qualificação técnico-

³²² SCHWIND, Rafael Wallbach. **Licitações internacionais**: participação de estrangeiros e licitações realizadas com financiamento externo. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 55-56.

³²³ JUSTEN FILHO, Marçal, 2016 (3), p. 689.

operacional, própria da empresa, e qualificação técnica profissional, que indica a existência de profissionais que detenham experiência na atividade licitada³²⁴.

Abordado o estado da arte da regulação da atividade lotérica brasileira, bem como apresentada a forma pela qual julgamos ser mais conveniente e oportuna de modelagem jurídica, suscita-se, a partir de agora, alguns gargalos no modelo regulatório atual, levando-se em consideração, sobretudo, a estrutura regulatória central, que é um órgão integrante do Governo Federal.

³²⁴ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. 2ª ed. **A lei geral de licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 342.

6 QUEM REGULA AS LOTERIAS ESTADUAIS NO BRASIL? UMA PROPOSTA DE APRIMORAMENTO REGULATÓRIO-INSTITUCIONAL

No capítulo passado discutiu-se a modelagem jurídica das loterias estaduais, apresentando-se um estado da arte de como essa construção vem sendo feita no atual momento, apontando-se o arranjo jurídico que, a princípio, julga-se ser mais adequado para a melhor exploração do serviço.

Neste último capítulo, agora, busca-se lançar luzes sobre os principais gargalos da regulação nacional das loterias estaduais, destacando-se, ao cabo, uma proposta de aprimoramento regulatório-institucional, contudo, não é despidendo ressaltar, sem qualquer pretensão de verdade universal.

A estruturação da regulação das atividades lotéricas em âmbito nacional depende de uma organização administrativa responsável por harmonizar e coordenar esse movimento.

Questão que se põe no centro da discussão sobre a regulação das loterias estaduais diz respeito ao órgão/estrutura/entidade que será responsável por emitir as diretrizes regulatórias no âmbito nacional, papel que, até então, vinha e vem sendo exercido pela SECAP, órgão vinculado ao Ministério da Economia do Governo Federal.

Ocorre que, com a difusão das loterias estaduais, alguns problemas de cunho regulatório vêm a lume: como será a penetração da SECAP nos estados brasileiros? Como será a atuação da SECAP em relação aos mercados *off-shore*? Como se dará a convivência harmônica entre o Governo Federal e o Governos dos estados, tendo em vista se tratar de um produto que será ofertado concomitantemente pela União e pelos Estados? É “justo” que a regulação nacional fique por conta de um órgão vinculado ao Ministério da Economia? Ou deve-se pensar na criação de uma agência nacional de jogos, mesmo diante dos problemas que assolam o modelo de “regulação independente à brasileira”?

Considerando a experiência recente no Brasil (desde os anos 90), mesmo que imperfeita, os exemplos de maior destaque são as agências de petróleo, energia e de telecomunicações.

Nesse trilhar, entende-se que o modelo regulatório ideal seria estruturado por intermédio de uma autarquia em regime especial (agência reguladora), criada por lei, com prerrogativa de editar normas técnicas e buscar a uniformização da exploração da atividade lotérica no âmbito dos Estados-membros e municípios brasileiros.

6.1 Agência reguladora independente: a busca por uma regulação técnica nacional dos jogos

O principal instrumento de organização administrativa para viabilizar a regulação de setores econômicos (ainda que juridicamente categorizados como serviço público) pelo Estado é a criação de agências reguladoras independentes.³²⁵ O surgimento dessas entidades no Brasil é contemporâneo da Reforma do Estado e à substituição do modelo de Estado empresário pelo Estado Regulador, haja vista que se passou a delegar a execução de serviços públicos à iniciativa privada, sem eximir do Estado a responsabilização pela normatização, fiscalização e controle desses serviços.³²⁶ Mas, mais do que isso, a criação das agências reguladoras decorreu na necessidade de serem implementados mecanismos institucionais capazes de manter regras e contratos de longo prazo, de sorte a atrair investimentos estrangeiros para grandes projetos de desestatização.³²⁷ Isto é, elas buscavam conferir maior segurança jurídica aos contratos firmados com a iniciativa privada.

Como bem define Floriano Marques Neto, as agências reguladoras são entidades públicas dotadas de *autoridade*, o que significa que podem exercer de forma coercitiva suas atribuições e que exercem função pública típica de Estado, que é a regulação estatal prevista no artigo 174 da Constituição Federal. Elas podem tanto regular serviços públicos concedidos à iniciativa privada quanto as atividades econômicas em sentido estrito, bem como podem regular apenas um setor ou mais de um (agências multissetoriais).³²⁸

As agências são caracterizadas, ao menos em tese, por possuírem autonomia perante o Poder Executivo, a fim de mitigar as ingerências políticas indevidas. Por isso, as agências possuem um espaço de discricionariedade técnica, o que é assegurado mediante a garantia de autonomia político-administrativa e autonomia econômico-financeira. É o que consta no artigo 3º da Lei n 13.848/2019, considerada a “Lei Geral das Agências Reguladoras”:

³²⁵ GUERRA, Sérgio. **Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira**. IN: GUERRA, Sérgio (org.). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p. 383.

³²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Agências reguladoras**. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, jul./set.2002, p. 293.

³²⁷ GUERRA, Sérgio, 2014, p. 389.

³²⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, 2015, p. 149.

Art. 3º A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou 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.

A independência político-administrativa é materializada mediante a garantia de estabilidade dos dirigentes e de ausência de controle hierárquico pelo chefe do poder executivo. Para tanto, a lei criadora de cada agência deve prever um regime especial com regras específicas dispondo sobre nomeação de diretores com mandato fixo e não sujeitos a livre demissão. Também deve dispor sobre um período de “quarentena” após o exercício do mandato pelos diretores, durante o qual eles não podem atuar no mercado objeto da regulação da agência. Ainda, a agência deve possuir liberdade para se organizar e gerir seu orçamento.³²⁹

Essa autonomia político-administrativa também significa a independência decisória da agência, cuja última instância com competência de proferir decisões é o órgão colegiado diretor da agência e não o Ministério ao qual ela deve se vincular apenas administrativa, mas não hierarquicamente (conforme art. 7º da Lei 13.848/2019). Essa independência decisória, inclusive, assegura à agência uma “reserva de regulação”, um espaço de competência que não pode ser subtraído nem mesmo pelo poder legislativo que criou a agência sob pena de violação do princípio da separação dos poderes.³³⁰

Já em relação à autonomia econômico-financeira, as agências possuem dotação orçamentária específica e receitas destinadas a elas, como a arrecadação de taxas por fiscalização do setor regulado.

Além da “independência”, as agências são caracterizadas pela sua capacidade técnica, por possuírem conhecimentos especializados sobre o setor sujeito à sua regulação.³³¹ Essa é uma das características que também justifica a regulação por

³²⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2009 (2), p. 76.

³³⁰ A reserva da competência das agências e a impossibilidade de o legislativo interferir nas decisões de competência da agência reguladora por decorrência do princípio da separação dos poderes foi reconhecida pelo Ministro Roberto Barroso na MC ADI 5.501, rel. Marco Aurélio, julgado em 19/05/2016. Sobre o tema, conferir: MOREIRA, Egon Bockmann. Regulação sucessiva: quem tem a última palavra? – caso “pílula do câncer”: ADI nº 5.501, STF. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann; GUERRA, Sérgio. **Dinâmica da regulação**. Estudos de casos da jurisprudência brasileira a convivência dos tribunais e órgãos de controle com agências reguladoras, autoridade da concorrência e livre iniciativa. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 167.

³³¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2009 (2), p. 62.

intermédio das agências, posto que ela qualifica a capacidade institucional das agências de expedirem normas e atuarem sobre o setor que regula.

Basicamente, a ideia é a de conferir maior especialização e independência à entidade que normatiza e fiscaliza o setor regulado, buscando-se uma regulação menos permeável às influências externas (captura política e econômica), ao menos em tese.

Ainda, as agências reguladoras são marcadas pela sua permeabilidade à sociedade e pela sua processualidade. Em outras palavras: de um lado, a agência deve permitir um diálogo constante com os agentes sujeitos à regulação, bem como com todos aqueles que participam de alguma forma do setor (democratização administrativa) para assegurar a sua própria legitimidade (tendo em vista o aparente déficit de legitimidade democrática), conforme preceituam os artigos 9º e 10 da multicitada Lei Geral das Agências Reguladoras. De outra banda, as competências das agências devem ser exercidas mediante processos administrativos que observem o devido processo legal, especialmente em sua dimensão substancial.³³²

Quanto aos principais motivos pelos quais se institui uma agência reguladora independente para regular determinado setor, são eles, especialmente, a capacidade de a agência tomar decisões em tempo econômico e o fano de elas deterem habilitação técnica para tratar das questões complexas atinentes ao setor regulado.³³³

Para alcançar esses objetivos, as agências reguladoras exercem as seguintes funções principais: (i) normativa; (ii) outorga de licenças e autorizações; (iii) fiscalização; (iv) mediação de conflitos; (v) sancionamento de condutas; (vi) emissão de recomendações.³³⁴ Em alguns casos, as agências reguladoras exercem também a função de poder concedente, estabelecendo as condições em que se dá a transferência da atividade para a iniciativa privada, como ocorre no setor de energia elétrica.

A principal forma de a agência regular determinado setor é mediante o exercício da sua função normativa,³³⁵ com a edição de normas de conduta que deverão ser observadas pelos agentes sujeitos à sua competência. Tais normas são expedidas após um

³³² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2009 (2), pp. 64 e 66.

³³³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências reguladoras. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, abr./jun. 1999, p. 132.

³³⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, 2009 (2), p. 61.

³³⁵ Sobre a função normativa das agências, conferir: MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado. O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF – mutação constitucional do princípio da legalidade? **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, jul./set. 2013, p. 35-57, CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001, ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

processo administrativo que permite a participação popular, com consultas e audiências públicas, o que confere legitimidade à atuação da agência reguladora.³³⁶

Expostas essas características, vislumbra-se que a principal diferença da regulação por uma agência reguladora comparada com aquela feita por um órgão público sem independência é a maior tecnicidade da decisão e autonomia da agência, que mitigam a influência política sobre decisões que devem ser precipuamente técnicas. A principal consequência prática é a segurança jurídica ao setor regulado, pois a diminuição de ingerências políticas acarreta maior respeito aos direitos dos agentes do setor econômico. Por ser mais técnica do que política, a regulação por agências independentes também possui maior probabilidade de êxito no atingimento a longo prazo de metas delineadas para a política pública do setor, por ser mais previsível e por prestigiar a segurança jurídica.

Registra-se que a criação das agências reguladoras deve ser feita mediante lei, cuja iniciativa é privativa do Chefe do Poder Executivo, por se tratar de organização da administração pública, conforme rezam os artigos 37, XIX, 84, II, e 61, §1º, II, todos da Constituição Federal.

Nesse passo, relembra-se que a Câmara dos Deputados aprovou, no fim de fevereiro de 2022, o Projeto de Lei nº 442/91, que autoriza e regula os jogos de azar no Brasil, abarcando jogos lotéricos, bingos, jogo do bicho e apostas esportivas.

Independente da discussão sobre o mérito do referido Projeto de Lei, que já foi abordado no capítulo 4, merece destaque, agora, o fato de a minuta citar a necessária criação de uma agência reguladora específica para o setor de jogos, a fim de conferir melhor harmoniza fiscalizatória e um grau mais acentuado de segurança jurídica ao setor, uma vez que, como se sabe, a princípio, tais entidades são menos vulneráveis às mudanças de governo.

O PL 442/91 apresenta as finalidades e diretrizes para a intervenção do Estado, por meio do modelo regulatório, e uma das principais é a “consecução do interesse nacional”, de modo que a exploração sirva de instrumento de fomento ao turismo, à geração de emprego e de renda e ao desenvolvimento regional, coerentes com os objetivos fundamentais da república.

Em relação à organização do mercado, previu-se que este será regulado e supervisionado pela União, por meio de entidade a ser definida em lei própria. Logo, o

³³⁶ MOREIRA, Egon Bockmann, 2009, p. 103-104.

Direito Regulatório será um instrumento eficiente para acionar alertas em relação a práticas abusivas, favorecendo, inclusive, a imposição de limites e controles na ação dos indivíduos, além de colaboram com a prevenção das práticas de lavagem de dinheiro e fraudes em geral, bem como complementando tipos penais, em seus preceitos primários, quando diante de lei penal em branco.

Atualmente, o que existe formalmente, conforme já abordado nesta pesquisa, é a vedação da prática dos jogos de azar de uma forma geral, conforme descrito na Lei de Contravenções Penais, que tipifica a matéria em seu capítulo VII ao dispor sobre contravenções relativas à polícia de costumes.

Tratando-se da aplicação de sanções pela agência reguladora no âmbito de uma atividade privada com reflexos na coletividade, vale destacar que a missão do Direito Público é, também, limitar o controle do poder estatal, por meio do princípio da legalidade, evitando, por conseguinte, a concentração de poderes nas mãos de um mesmo órgão, resguardando aos administrados os bens jurídicos tutelados.

É certo que a administração irá se deparar com a necessidade de impor punições aos administrados, valendo-se de suas competências e na posição de supremacia frente aos particulares. Com o fim de assegurar a higidez da ordem pública e o eficaz funcionamento dos serviços que estarão a seu cargo, utilizará, por exemplo, dos poderes de polícia e disciplinar, em relação a terceiros e aos seus vinculados, respectivamente, conforme o caso concreto, ante a necessária preservação do interesse coletivo.

Nesse contexto, surge o Direito Penal administrativo, que “tende ao estabelecimento das infrações administrativas necessárias para o funcionamento da administração pública, e o seu adequado regime de sanções”³³⁷ – ferramenta a ser utilizada para punir, basicamente, comportamentos que infrinjam deveres de obediência ou de colaboração dos indivíduos para com a atividade dos entes públicos na busca do interesse geral.

Insta ressaltar que a sanção administrativa não se confunde com a do Direito Penal comum, visto que a função de punir das diferentes áreas do Direito é própria. Observa-se que, diante de um delito, como o de lavagem de capitais e uma infração administrativa, no âmbito dos jogos de azar, existirão punições distintas e independentes a serem

³³⁷ "Tiende al establecimiento de las infracciones administrativas, necesarias para el funcionamiento de la Administración Pública, y a su adecuado régimen de sanciones" (Derecho Administrativo: doctrina, legislación y jurisprudencia. 4.ed. Cidade do México: Libreria de Manuel Porrúa S.A., 1949. 1.2, p. 1.125).

aplicadas, pois no âmbito do Direito Penal caberá ao poder judiciário aplicar sanções destinadas ao combate dos delinquentes e, no âmbito do Direito Administrativo sancionador, caberá a administração pública controlar sua organização e eventual aplicação de sanção administrativa.

Ressalta-se, ainda, o fato de que o estabelecimento de uma agência reguladora no Brasil norteando as questões inerentes aos jogos lotéricos (e demais jogos, a exemplo dos de azar), com regras e imposição de sanções, deverá caminhar por trilhos regidos por princípios penais, tais como legalidade, tipicidade, culpabilidade, proporcionalidade, retroatividade da norma mais favorável e non reformatio in pejus; a fim de que sejam assegurados atributos ao ato estatal que validem eventual processo administrativo sancionador. Inclusive porque, a partir da CF/88, o Direito Administrativo passou por um importante processo de constitucionalização, visando a ser cada vez mais justo. Logo, na possibilidade desse novo cenário, havendo ofensas a bens jurídicos, as áreas do Direito trabalharão lado a lado.

Outro ponto a ser destacado é o poder-dever da agência reguladora de informar aos órgãos de persecução penal indícios e/ou elementos relacionados com práticas criminosas, fomentando, através do envio de informações, investigações criminais, em verdadeira cooperação interinstitucional e até internacional, com o escopo de inibir a prática da lavagem de capitais, evasão de divisas, sonegação fiscal, terrorismo etc.

O PL que busca autorizar jogos de azar proíbe às operadoras desses jogos praticarem diversos atos, entre os quais: fazer publicidade ou propaganda de jogos e apostas com informações infundadas sobre probabilidades de acerto, associando o jogo ao êxito social ou à resolução de problemas financeiros ou que ofendam os contrários ao jogo; fazer publicidade ou propaganda com a participação de criança ou adolescentes ou a eles dirigidas; conceder adiantamento para realização de jogo; firmar parceria com empresas de crédito ou deixá-las atuarem em seu estabelecimento; manter máquina de jogo que funciona com cédulas ou moedas; pagar ou receber valores por meio de instituição financeira ou de pagamento não autorizadas a funcionar pelo Banco Central.

Além das proibições mencionadas, também tipifica crimes: explorar qualquer forma de jogo sem atender aos requisitos da lei: reclusão de 2 a 4 anos; fraudar, adulterar ou esconder resultado de jogo ou pagar prêmio em desacordo com a lei: reclusão de 4 a 7 anos e multa; permitir o ingresso de menor de 18 anos em recinto de jogo ou que ele participe de jogos: detenção de 6 meses a 2 anos e multa; realizar transações financeiras

com empresas de jogos eletrônicos estrangeiras: reclusão de 4 a 7 anos e obstruir os trabalhos do órgão fiscalizador: reclusão de 1 a 3 anos e multa.

Outra tarefa importante que caberá à agência reguladora de jogos será a sua contribuição na tipificação de condutas criminosas, realizando verdadeira simbiose entre os campos do Direito Público Administrativo e Penal, como já acontece na técnica legislativa da norma penal em branco.

O referido fenômeno demonstra que, excepcionalmente, a norma administrativa auxiliará na tipificação de delitos complementando o preceito primário da norma penal - anotando-se que só a União pode legislar sobre Direito Penal (art. 22, I, da CF/88) - conforme aconteceu, por exemplo, com o art. 268 do Código Penal ao ver a conduta criminosa perpetrada após o descumprimento da medida sanitária preventiva determinada pelo Poder Público, através de regulamentos e portarias oficialmente publicados, durante a pandemia do covid-19.

Deste modo, ao regulador, caberá trazer complementação à tipificação de crimes, consistindo na possibilidade de adequação da conduta ao tipo penal quando depender da descrição da norma administrativa editada.

6.2 A regulação técnica no combate à assimetria de informações

Outro ponto relevante diz respeito ao papel que a agência teria na mitigação da assimetria de informações entre o público e o privado.

Como se viu no capítulo 4 da presente dissertação, a esmagadora maioria dos estados-membros brasileiros (e a tendência é que os municípios também) vêm adotando a modelagem jurídica de concessão de serviço público para exploração da atividade lotérica, à luz da Lei Federal nº 8.987/95.

Nesse diapasão, destacou-se em linhas anteriores que a “receita de bolo” que vem sendo utilizada tem sido a estruturação desses projetos pela via do Procedimento de Manifestação de Interesse, procedimento auxiliar de contratação pública, quem tem sido bastante utilizado na fase preparatória de conformação de projetos de infraestrutura.

Se por um lado o PMI permite um diálogo mais amplo entre Poder Público e iniciativa privada, permitindo que haja um chamamento público, no qual empresas ou consórcios de empresas apresentam os cadernos de modelagem técnica, econômico-financeira e jurídica dos empreendimentos, por outro, emerge-se um cenário cada vez maior de assimetria de informações.

A assimetria de informações “ocorre quando uma das partes, em uma negociação, tem um conjunto informacional diferente daquele conhecido por outra parte”. E mais: “o problema é que, quando informações são imperfeitas ou incompletas, o mercado pode levar pessoas a ofertas de produtos ruins (seleção adversa) ou a comportamentos oportunistas (risco moral)”³³⁸.

O problema da seleção adversa, por seu turno, é “uma consequência da dificuldade de resolver o problema de informação assimétrica em um mercado específico”. Em outras palavras, “descreve situações em que os agentes com melhores bens (mas com fatores não observáveis) decidem não ofertar e o mercado fica repleto dos piores ofertantes”³³⁹.

Especificamente no caso das loterias, existem inúmeras peculiaridades a serem analisadas do ponto de vista técnico e operacional, a exemplo do projeto de implantação, definição das modalidades que serão exploradas, planta de execução, localização geográfica (pontos de venda), base tecnológica da operação, requisitos e funcionalidades de sistema, mecanismos da autoexclusão de jogadores patológicos (jogo responsável), dentre outros diversos aspectos que exigem, do setor público, uma equipe disciplinar, capacitada e com *expertise* em jogos para avaliar os estudos e reduzir, ao máximo, a assimetria informacional inerente ao diálogo público-privado.

No que diz respeito à parte econômico-financeira, assim como já abordamos no capítulo 4, surgem questões relevantes relacionadas aos investimentos a serem amortizados (*capex e opex*), custos e despesas operacionais, receita (arrecadação, *payout* e receita da concessionária), valores devidos a título de tributação da atividade, capital de giro, análise e retorno de investimento etc., tudo que demanda, repisa-se uma “burocracia” de Estado minimamente qualificada para reduzir o risco de assimetria informacional.

O terceiro pilar dos estudos apresentados nos PMI's são os estudos jurídicos, voltados, sobretudo, à identificação de incertezas, riscos (de escolha, de projeto, de demanda e de mercado, financeiro, operacional e regulatório), mas também onde se apresentam as diretrizes regulatórias, eventuais minutas de projeto de lei e de decreto regulamentar, bem como a “escolha” pela modelagem jurídica mais adequada ao caso concreto (concessão comum, concessão administrativa ou concessão patrocinada).

³³⁸ CAMELO, Bradson ; NÓBREGA, Marcos ; TORRES, Ronny Charles L. de. **Análise Econômica das Licitações e Contratos**. 1.ED.. Belo Horizonte: Fórum, 2022. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4366>. Acesso em: 16 jun. 2022., p.36.

³³⁹ Ibidem.

Sabe-se que a assimetria de informação é impossível de ser eliminada, sobretudo quando se tratam de projetos de alta complexidade, porém, com uma agência reguladora voltada especificamente para o setor de jogos, pode-se criar uma estrutura administrativa com servidores mais capacitados e especializados (princípio da especialidade) para a realização de uma regulação nacional mais qualificada.

Para que as agências consigam desenvolver uma atividade eficaz, estas devem dispor dos chamados instrumentos regulatórios, ou seja, mecanismos administrativos que teoricamente podem tornar a regulação mais eficiente. Entre os instrumentos se destacam os seguintes: controle de entrada e saída, regulação da concorrência, monitoramento dos contratos de concessão e agências independentes.

O que tem acontecido, infelizmente, é que, em vez de seguir os mercados maduros de loterias ou exigir uma legislação nacional com as “regras do jogo”, os governos estaduais têm se precipitado e estão prestes a criar mais uma jabuticaba. O STF abriu novas oportunidades de receita, mas os Estados estão brincando com a sorte.

Na realidade, não se tem, atualmente, critérios claros sobre a exploração pelos Estados, uma vez que todo arcabouço foi erigido com o modelo federal exclusivo. Cabe à União editar a lei geral das loterias estaduais (lei *standard* ou lei ‘quadro’) e, com a atuação de uma agência reguladora, definir as regras e parâmetros. Essa questão é urgente, sob o risco dos Estados se anteciparem com decisões equivocadas ou sem efeito prático, além de criar mais imbróglis jurídicos ao federalismo.

Segundo a Lei nº 13.756/2018, o montante arrecadado (R) por uma loteria federal é dividido em três partes: premiação (P); tributos (T); e remuneração da empresa operadora (O) —de tal forma que $R = P + T + O$. O governo se beneficia dos bons resultados, pois sua parte “T” cresce quando “R” cresce. Assim, lhe interessa a boa performance dos produtos lotéricos.

A arrecadação de loterias no Brasil gira em torno de 0,2% do PIB, em média, enquanto em países similares chega a 1%. Há grande potencial de aumento de receitas. O estado de São Paulo pode arrecadar anualmente até R\$ 2,5 bilhões adicionais³⁴⁰.

Porém, nem São Paulo nem os demais estados que já iniciaram processos de implementação ou atualização do marco legal, como Maranhão, Minas Gerais, Rio de Janeiro e Distrito Federal, estão seguindo as melhores práticas internacionais.

³⁴⁰ Sobre o tema, recomenda-se a leitura: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2022/03/loterias-estaduais-estao-brincando-com-a-sorte.shtml>.

Na Europa, nos EUA e no governo federal (lei 13.756/2018), a distribuição do arrecadado (R) é definida em lei. No mínimo, deveriam definir a participação percentual do governo. Essa prática é essencial para a segurança jurídica do operador (ao planejar os investimentos), importante para o apostador conhecer previamente o retorno esperado e, sobretudo, fundamental ao governo para dar previsibilidade à receita que financiará suas políticas públicas. Ocorre que os estados estão propondo suas leis de forma que caberá aos governos definirem, a posteriori, a participação (%) de cada parte.

A título de exemplo, a lei 17.386/2021 de São Paulo, no que se refere a loterias, é lacônica: “Fica o Poder Executivo autorizado a instituir e explorar, [...] 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”. Esses “cheques em branco” ao Executivo estadual podem ser inconstitucionais pelo fato de o percentual “T” ser considerado alíquota de tributo (ainda que voluntário). Mesmo a decisão do STF é clara ao garantir aos estados explorar loterias, desde que “observada a competência privativa da União para legislar sobre o tema”.

Para essas leis estaduais serem viáveis, teriam que, via regulamento infralegal, manter exatamente os percentuais da lei federal. Porém, fosse esse o caminho, bastaria replicar tais percentuais na legislação estadual, mas não é isso que tem ocorrido nos estados que já apresentaram seus modelos.

A ausência de parâmetros legais e a discricionariedade dos Executivos estaduais para definir os percentuais de participação de cada parte por decreto ou portaria, além de prejudicar a previsibilidade, transparência e segurança jurídica, abre espaço para uma concorrência “regulatória” e não “de mercado”, como já vimos antes na conhecida guerra fiscal do federalismo brasileiro. Por fim, pode ser contestada pela União, como legislador e como concorrente na exploração lotérica.

Contudo, essa postergação na definição dos percentuais pode ter origem na inércia ou lentidão federal. Não temos hoje critérios claros sobre a exploração pelos estados, pois todo arcabouço foi construído com o modelo federal exclusivo. Cabe à União editar a lei das loterias estaduais para definir as regras e parâmetros, inclusive dos percentuais citados. Essa questão é urgente sob o risco dos Estados se anteciparem com decisões equivocadas ou sem efeito prático, além de criar mais imbróglis jurídicos ao federalismo.

É importante também que os Tribunais de Contas e os Ministérios Públicos estaduais se atentem aos processos de implantação das loterias em fase de estudos, a fim

de o interesse público prevalecer e o mercado ter condição de se expandir em direção ao seu potencial, gerando empregos, renda e arrecadação.

Diante do exaustivamente mencionado movimento dos estados-membros para criarem suas próprias loterias (após o julgamento do STF no bojo das ADPF's 492 e 493), o que se viu foi uma verdadeira “terra de ninguém”, cenário marcado pela incerteza jurídica e pela ausência de diretrizes regulatórias bem delineadas.

Com a criação de uma agência reguladora de jogos, por exemplo, propende-se sistematizar as normas concernentes ao jogo lotérico, criando-se diretrizes regulatórias nacionais a serem seguidas pelos estados-membros, como forma de propiciar um controle mais qualificado do setor.

Relembra-se que o regulador nacional das atividades lotéricas no Brasil, hoje, é a SECAP - Secretaria de Avaliação, Planejamento, Energia e Loteria do Ministério da Economia, órgão vinculado ao Ministério da Economia do Governo Federal. Isso, entretanto, gera uma dificuldade maior de fiscalização e regulação, especialmente porque não é incomum que o Presidente da República tenha relação de afinidade maior com aqueles que fazem parte de seu partido ou coligações, de tal maneira que um setor extremamente técnico acaba sendo submetido a decisões eminentemente “políticas”.

Por outro lado, uma agência reguladora, com atuação em todo território nacional, dotada de *expertise* técnica, independência financeira e todas as garantias trazidas pela Lei Geral das Agências Reguladoras, tende a conferir um tratamento mais uniforme aos estados-membros, sem olvidar os famigerados riscos de captura (política e econômica), que são inevitáveis, mas podem ser minimizados com o implemento de mecanismos de gestão de riscos.

Outro ponto importante: não se pode descuidar que a razão de existir da regulação é não só fiscalizar, controlar e sancionar, mas também, melhorar o ambiente de negócios no país.

A injeção de recursos depende, inexoravelmente, da atração de investimentos e investidores, o que só pode ser feito a contento com um ambiente de negócios mais seguro, estável, cenário que tende a ser melhor desenhado a partir da atuação de uma agência reguladora, já que a alternância de poder implica, por muitas vezes, mudanças drásticas de interesse, o que prejudica sobremaneira o Planejamento de Estado.

Sendo assim, por mais esse motivo, entende-se que a criação de uma agência reguladora voltada ao setor de jogos possa trazer mais qualidade à regulação do setor, angariando-se mais recursos e reforçando o controle do Estado sobre a atividade.

Ademais disso, a presença de uma agência reguladora facilita a incorporação das melhores práticas internacionais em matéria de jogos, a fim de melhorar a qualidade regulatória do setor no Brasil.

A OCDE, inclusive, propõe um roteiro segundo o qual a boa regulação deve: a) buscar resolver problemas e alcançar metas claramente definidas a ser eficaz na consecução desses objetivos; b) ser fundamentada em evidências e proporcional ao problema identificado; c) estar fundamentada em uma base legal sólida; d) produzir benefícios que justifiquem os custos; e) considerar a distribuição dos seus efeitos entre os diferentes atores e grupos; f) minimizar os custos administrativos e eventuais distorções de mercado resultantes de sua implementação; g) ser clara e compreensível aos regulados e usuários; h) ser consistente com outros regulamentos e políticas; i) ser elaborada de modo transparente, com procedimentos adequados para a manifestação efetiva e tempestiva de atores e grupos interessados; e j) considerar os incentivos e mecanismos para alcançar os efeitos desejados, incluindo estratégias e implementação que potencializem seus resultados.

Um instrumento que pode ser utilizado, nesse cenário, é a Análise de Impacto Regulatório – AIR, que consiste num processo sistemático de análise baseado em evidências, que busca avaliar, a partir da definição de um *problema regulatório*, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos. Tem como finalidade orientar e subsidiar a tomada de decisão e, em última análise, contribuir para que as ações regulatórias sejam efetivas, eficazes e eficientes.

No caso específico da transparência e monitoramento do mercado lotérico, sugere-se que a Agência Reguladora disponibilize em seu site um Anuário Estatístico Anual com as principais informações dos agentes por elas regulados e da indústria internacional de loterias; salienta-se a importância da continuação da elaboração do Boletim de Acompanhamento do Mercado de Loterias. Neste caso, sugere-se uma maior padronização das informações e do banco de dados. Ainda quanto ao site do regulador, sugere-se uma divulgação mais transparente dos processos licitatórios, especialmente, os referentes à concessão (Edital, Minuta de Contrato, dentre outras informações). Espera-se que uma Regulação setorial autônoma e transparente mantenha a credibilidade do setor e permita um Desenvolvimento Setorial Sustentável.

Esse será o futuro. Não sei se como uma agência ou departamento, mas uma instituição autônoma e independente, com um colegiado, e que dê segurança não só para

os apostadores e mercado, mas também para as empresas que vão fazer os investimentos e trazer emprego e renda para nosso país.

Ademais, o caminho para a pavimentação dos jogos de azar perpassa, inexoravelmente, pelo amadurecimento da regulação da atividade lotérica, a qual já é legalizada e amplamente explorada no Brasil, porém, não na integralidade do seu potencial.

A criação de uma agência reguladora do setor de jogos, a partir da incorporação das melhores práticas da regulação de jogos no direito estrangeiro, auxiliará na maturação para a construção da regulação (e da regulamentação) dos demais jogos de azar no Brasil, como jogo do bicho, cassino e demais apostas.

A convivência pacífica entre a loteria da União e as loterias estaduais/municipais depende, sem dúvida alguma, de uma regulação inteligente do setor. Deficiência na regulamentação (e na regulação) atual, por assim dizer, inevitavelmente, desencadeará diversos problemas no desenvolvimento do jogo lotérico nos entes subnacionais.

7 CONCLUSÕES (E APORIAS)

O presente trabalho teve por objetivo apresentar e analisar a regulação brasileira aplicável ao mercado de loterias, em especial no que se refere à organização do mercado, às estruturas institucionais de regulação e supervisão e ao seu regime de exploração. Buscou-se, para tanto, compreender melhor a realidade da indústria lotérica mundial e traçar um breve paralelo com a legislação em vigor em outros países, como forma de extrair, da experiência e da literatura estrangeira, subsídios para a análise crítica das regras e do desenho regulatório em vigor no Brasil.

Conforme se destacou ao longo deste texto, na vigência da atual Carta Constitucional, os Estados-membros não estão na condição de subordinados ou administrados da União, sendo vedada qualquer pretensão de submetê-los à condição hierarquicamente inferior, dependentes e sem autonomia. Repete-se: somente a Constituição Federal vigente poderia, em tese, alterar esta relação entre a União, os Estados-membros e o Distrito Federal.

A autonomia é fundamental no reconhecimento e promoção da diversidade regional e o estabelecimento de modificações institucionais em menor nível que, em caso de sucesso regional, podem ser adotadas pelo governo central ou outros entes subnacionais³⁴¹. Segundo a doutrina de Anna Cândida da Cunha Ferraz, relembra-se, a autonomia dos entes federados é constituída pelas capacidades de auto-organização, autogoverno, autolegislação e autoadministração³⁴².

As competências materiais, por sua vez, conforme leciona Fernanda Dias Menezes de Almeida, desdobram-se em ordem administrativa e ordem financeira³⁴³. As duas ordens deverão servir para “viabilizar” o exercício do serviço público, nos termos da *ratio decidendi* do acórdão do STF na ADPF 492 e 493.

Na nossa compreensão, a autonomia estadual se expressará tanto para instituir *produtos lotéricos* estaduais lastreados nas *modalidades lotéricas* previstas em lei federal, quanto para a criação de um ente integrante da Administração Pública (órgão ou

³⁴¹ FERRAZ FILHO, José Francisco Cunha. **Constituição Federal Interpretada Artigo por Artigo, Parágrafo por parágrafo**. p. 4.

³⁴² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Poder constituinte do estado-membro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

³⁴³ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Coord. STRECK, Lenio; CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira. **Comentários à Constituição do Brasil**. Almedina, 2013, pp. 110.

autarquia) que exercerá funções de uma Loteria, tendo em vista que loteria é instituição (e não o jogo propriamente dito).

O funcionamento desta Loteria, bem como do serviço que ela administrativa, depende necessariamente do exercício da competência material em ordem *administrativa* e *financeira* e, deste modo, a Loteria Estadual deve se autorregulamentar, minimamente, sobre as seguintes regras: a) quantidade, para emissão de “bilhetes, listas, cupons” etc., por evento; b) periodicidade dos sorteios; c) a comercialização dos produtos lotéricos em ambientes físicos ou não físicos (*on-line*); d) a destinação das receitas da loteria; e) regras para exploração direta e condições exigidas do operador para exploração indireta dos produtos, seja por credenciamento, autorização ou contratação de permissionários e concessionários; f) homologação a bem do interesse público da criação de produtos lotéricos (amparados nas modalidades lotéricas previstas na legislação federal) e seu *próprio layout*, forma de controle, publicidade, regras de proteção e prevenção da ludopatia, fiscalização, divulgação de resultados, padrões de segurança e certificação, entre outros temas necessários a viabilizar o funcionamento “adequado” do serviço público.

O conteúdo destes aspectos necessariamente deve estar à disposição do gestor da loteria estadual (ou distrital) para sua avaliação, como corolário da dimensão administrativa e financeira da competência material dos estados-membros e do Distrito Federal, pois, só assim o funcionamento do serviço público poderá ser *adequado* e *atual*. “Adequado” na medida que satisfaz condições de regularidade, continuidade, eficiência e segurança; e “atual”, porquanto garante a modernidade das técnicas, do equipamento e instalações, conforme define o artigo 4º, §2º, da Lei Federal nº 8.987/1995 e o artigo 175 da Constituição Federal.

Só a proximidade entre o tomador da decisão política regional e a administração lotérica é capaz de garantir os predicados mencionados acima, sob pena de se macular a uma só vez a competência de ordem administrativa e de ordem financeira do ente federado na administração da Loteria. Infringir uma dessas ordens de competência seria infringir a competência material, logo, violaria o comando do STF, quando este reconheceu a competência material para exploração e regulamentação de serviços lotéricos dos estados-membros.

Ademais, além de compor o rol de atividades essenciais à atividade lotérica, a fixação do *payout* se insere dentro da competência normativa dos estados-membros, especialmente quando fixado de forma mais favorável que o previsto em legislação

federal. Isto porque a proteção do direito do consumidor (e também do usuário de serviço público) é matéria de competência concorrente, nos termos do art. 24, VIII, da CF/88. Também a fixação de alíquota de destinação para demandas sociais regionais se insere em rol de competência legislativa concorrente (art. 24, II, da CF/88), posto que, ao aludirem receita não-tributária originada da atividade lotérica estadual, possuem natureza jurídica de norma de vinculação pré-orçamentária.

Com efeito, diante da sistemática de divisão de competências esclarecida pelo julgamento do STF (julgamento conjunto das ADPF 492 e 493, bem como ADI 4986), com trânsito em julgado em 2 de fevereiro de 2021, coloca-se à União a oportunidade de exercer um papel dialógico consensual com os entes subnacionais, no âmbito de um federalismo de cooperação, visando efetivar direitos fundamentais de maneira complementar, em variáveis graus de proteção, atendendo-se à diversidade e pluralidade federativa.

Por fim, no último capítulo, além das críticas ao atual desenho regulatório e à ausência de uma lei *standard* nacional para fixar diretrizes para as loterias estaduais, defendeu-se a criação de uma agência reguladora de jogos, com atuação em todo o âmbito nacional, a fim de a) implementar decisões técnicas (em vez de meramente políticas), b) reduzir a assimetria de informações nas modelagens das concessões de serviços lotéricos, c) harmonizar o controle e a fiscalização da atividade lotérica, d) conferir maior penetração da regulação nacional aos estados-membros e municípios brasileiros, e) atrair mais investimentos ao setor, criando um ambiente mais estável e com menor risco regulatório e f) auxiliar na discussão e maturação do debate quanto à regulação e regulamentação dos demais jogos de azar no Brasil.

REFERÊNCIAS

ACRE. **Lei nº 41, de 18 de novembro de 1965**. Cria o Serviço de Loteria do Estado do Acre e dá outras providências. Assembleia Legislativa do Estado do Acre. Disponível em: <http://www.al.ac.leg.br/leis/wp-content/uploads/2014/08/Lei41.pdf>. Acesso em 26 out. 2021.

ALAGOAS. **Lei nº 4.493/1983**. Assembleia Legislativa do Estado do Amapá. Disponível em: http://www.al.ap.gov.br/pagina.php?pg=exibir_processo&iddocumento=16607. Acesso em 26 out. 2021.

ALVARENGA, Darlan. Lançado há 4 meses, site da Caixa para apostas em loterias pela internet atinge 450 mil cadastros. **G1**. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/12/07/lancada-ha-4-meses-sistema-de-apostas-em-loterias-pela-internet-atinge-450-mil-cadastros.ghtml>. Acesso em 7 nov. 2021.

AMAPÁ. **Lei nº 53/1992**. Assembleia Legislativa do Estado do Amapá. Disponível em: http://www.al.ap.gov.br/pagina.php?pg=exibir_processo&iddocumento=16607. Acesso em 25 out. 2021.

AMAZONAS. **Lei nº 119 de 30 de dezembro de 1955**. Disponível em https://sapl.al.am.leg.br/media/sapl/public/normajuridica/2003/7268/72688_texto_integr_al.pdf | O site do Governo do Amazonas mantém publicada a Lei nº 2.813 de 18 de julho de 2003, em cujo texto encontramos a referência à Lei nº 119 do ano de 1955|. Acesso em 24 out. 2021.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Considerações sobre as relações do Estado e do direito na economia**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, nº 49, março de 2017, Salvador, 2017.

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

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Regime jurídico das empresas estatais**. In: NUNES JR., Vidal Serrano, et. al. (coord). Enciclopédia jurídica da PUCSP, tomo II. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 2.

ATALIBA, Geraldo. **Possibilidade jurídica da exploração de loterias pelos Estados federados**. Revista de Direito Público, n. 78, 1985.

BAHIA. **Lei nº 1.951 de 16 de setembro de 1963.** Lei Estaduais da Bahia. Disponível em: <http://leisestaduais.com.br/ba/lei-ordinaria-n-1951-1963-bahia-dispoe-sobre-a-loteria-estadual-da-bahia-e-da-outras-providencias>. Acesso em 25 out. 2021.

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

BAPTISTA, Patrícia. **A evolução do Estado regulador no Brasil** – Desenvolvimento, globalização, paternalismo e judicialização. Fórum Administrativo – FA, ano 15, n. 175, Belo Horizonte, set. 2015.

BARBALHO, João. **Constituição Federal Brasileira: 1891** [comentada]. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Agências reguladoras.** Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, jul./set. 2002, p. 293.

BARROSO, Luís Roberto. **Loteria — Competência estadual — Bingo.** Revista de Direito Administrativo, v. 220, n. 0, p. 262-277, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Saneamento Básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios.** 2002. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/762/R153-19.pdf?sequence=4>. Acesso em 6 nov. 2021.

BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais.** Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BERNARD, Chenot. **L'Existentialisme et le Droit.** In: Revue française de science politique, 3 année, n 1, 1953.

BINENBOJM, Gustavo. **A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos,** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE, n. 13, mar./abr./maio 2008, Salvador, p. 18-21.

BNL. **Notícia.** 14 de set. 2021. Disponível em: <http://bnldata.com.br/blogPost.aspx?cod-19251>. Acesso em 7 nov. 2021.

CABOT, Anthony N. Cabot; MILLER, Keith C. **The Law of Gambling and Regulated Gaming: cases and materials**. 2ª ed. Durham: Carolina Academic Press, 2016.

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

CAMELO, Bradson ; NÓBREGA, Marcos ; TORRES, Ronny Charles L. de. **Análise Econômica das Licitações e Contratos**. 1.ED.. Belo Horizonte: Fórum, 2022. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4366>. Acesso em: 16 jun. 2022.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

CEARÁ. **Lei nº 52 de 7 de novembro de 1947**. Disponível em: http://www.lotece.com.br/v2/?page_id=2. Acesso em: 25 out. 2021.

COÊLHO, Carolina Reis Jatobá. **Permissões lotéricas e contrafação administrativa**. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, ano 6, n. 12, Belo Horizonte, jul./dez/ 2017.

COHEN, Peter. Beyond the obvious – the economic role of the gambling regulator. **Gaming Law Review and Economics**. Volume 18, n. 2. New Rochelle, 2014, p. 174.

COOK, P.J.; CLOTFELTER, C.T. (1993) **The Peculiar Scale Economies of Lotto**. The American Economics Review, 5, 64-70.

COUTINHO, Diogo R. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

DUARTE, Davi. **Loterias no Brasil: legalidade e ilegalidade**. Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n. 10, p. 189-211, dez. 2006. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27741>. Acesso: 10 out. 2021.

DUGUIT, Léon. **Las transformaciones generales del derecho**. Buenos Aires: Heliasta, 2001, p. 36.

ESPÍRITO SANTO. **Lei nº 1.928 de 2 de janeiro de 1964**. Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo. Disponível em <http://www3.al.es.gov.br/legislacao/norma.aspx?id=6802&termo=loteria>. Acesso em: 26 out. 2021.

FERRAZ, Sergio; SAAD, Amauri Feres. **Autorização de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2018.

FEYERABEND, Paul. **Contra o método**. 2ª ed. São Paulo: Editora UNESP, 2011.

FREITAS, Juarez. **Regulação administrativa e principais vieses**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, ano 16, n. 63, jan./mar. 2016, Belo Horizonte, 2016.

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

GOIÁS. **Lei nº 566 de 13 de novembro de 1951**. Cria o serviço de Loteria do Estado do Goiás e dá outras providências. Assembleia Legislativa do Estado de Goiás. Disponível em: <https://portal.al.go.leg.br>. Acesso em 25 out. 2021.

GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 7.

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

GUERRA, Sérgio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. IN: GUERRA, Sérgio (org.). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p. 383.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p.

HEINEN, Juliano. Método de direito comparado: desenvolvimento e perspectivas contemporâneas. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, 2017, v. 27, n. 2, p. 168.

JÈZE, Gaston. **Les principes généraux du droit administratif**. Paris: M. Giard e E., Brière, 1914.

KRELL, ANDREAS. **Discrecionalidade administrativa e proteção ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **Parcerias público-privadas nos serviços de loterias estaduais**. A&C — Revista de Direito Administrativo & Constitucional, v. 3, n. 12, p. 175-192, 2007.

OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do Código de Hamurábi!**: a pesquisa sócio jurídica na pós-graduação em Direito. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4213608/mod_resource/content/1/OLIVEIRA%2C%20Hamurabi.pdf. acesso em 30 out. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. A lei 13.303/2016, **a criação das empresas estatais e a participação minoritária em empresas privadas**. In: JUSTEN FILHO, Marçal (org.). Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016 – “lei das estatais”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 42.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

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

KOMPARATO, Fábio Konder. **Monopólio público e domínio público**: exploração indireta da atividade monopolizada. *Direito Público: estudos e pareceres*, 1996, p. 149.

LYCKA, Martin. Regulating online gambling markets: regulatory guide. **Gaming Law Review and Economics**, volume 18, n. 4, New Rochelle, 2014.

MARRARA, Thiago; CAMPOS, Carolina Silva. **Licitações internacionais**: regime jurídico e óbices à abertura do mercado brasileiro a empresas estrangeiras. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 275, maio/ago. 2017, Rio de Janeiro, p. 155- 187.

MARANHÃO. **Lei nº 2327/1963**. Assembleia Legislativa do Estado do Maranhão. Disponível em: http://arquivos.al.ma.leg.br:8080/gedlegislacaoqLEi_2370. Acesso em 25 out. 2021.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade, **Revista de Direito Pública da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, abr./jun. 2014.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Marina Fontão. Limites das assimetrias regulatórias e contratuais: o caso dos aeroportos. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, v. 277, n. 1, jan./abr., 2018, p.180.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann; GUERRA, Sérgio. **Dinâmica da regulação**: estudos de casos da jurisprudência brasileira a convivência dos tribunais e órgãos de controle com agências reguladoras, autoridade da concorrência e livre iniciativa. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MATO GROSSO. **Lei nº 363 de 28 de dezembro de 1953**. Institui o serviço de Loteria do Estado de Mato Grosso. Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso. Disponível em <https://www.al.mt.gov.br/legislacao/169291/visualiza>. Acesso em 25 out. 2020.

MATO GROSSO DO SUL. **Lei nº 511 de 7 de dezembro de 1984**. Dispõe sobre a criação da Loteria Estadual de Mato Grosso do Sul. Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso do Sul. Disponível em: <http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/secoge/govato.nsf/1b758e65922af3e904256b220050342a/bf89db1b4968a2a604256e450002e90f?OpenDocument&Highlight=2,loteria>. Acesso em 26 out. 2021.

MAXIMILIANO, CARLOS. **Comentários à Constituição brasileira**. Imprensa: Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1954.

MILTONS, Michelle M. **Regulação dos Jogos de azar na América do Norte: Uma Análise Introdutória**. Documento de Trabalho SEAE/MF nº 43, 2006.

MINAS GERAIS. **Decreto-Lei nº 165 de 10 de janeiro de 1939**. Instituiu a Loteria do Estado de Minas Gerais. Loteria Mineira. Disponível em <http://www.loteriademinas.com.br/images/stories/dmdocuments/procedimento%20manifestacao.pdf>. Acesso em: 25 out. 2021.

MOREIRA, Egon Bockamnn. **Agências reguladoras independentes**: a necessidade de seu reforço institucional por meio de uma lei-quadro. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/agencias-reguladoras-independentes-a-necessidade-de-seu-reforco-institucional-por-meio-de-uma-lei-quadro> . Acesso em 22 de maio de 2022.

MOREIRA, Egon Bockamnn. **Os serviços públicos brasileiros e sua lógica jurídico-econômica: reflexões a partir do artigo 175 da Constituição**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 17, n. 68, out./dez. 2019, p. 32.

MOREIRA, Egon Bockamnn; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. 2ª ed. **A lei geral de licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 342.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legalidade de Lei Autorizativa de Realização de Concurso de Prognósticos** (parecer). Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, v. 40, p. 236-242, 1988.

NESTER, Alexandre Wagner. **Autorizações de serviços públicos**. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, 2019.

NUNES, Antônio José Avelã. **Do estado regulador ao estado garantidor**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, ano 9, n. 34, Belo Horizonte, abr. jun./2011, p. 1-38.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal: administração pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2020.

PARÁ. **Decreto-Lei nº 5.148, de 23 de agosto de 1946**. Banco de Leis. Disponível em: http://bancodelis.alepa.pa.gov.br:8080/arquivos/lei_4603_1975_12117.pdf. e

<http://bnldata.com.br/loteria-do-para-a-segunda-loteria-estadual-mais-antiga-do->
Acesso em: 27 out. 2021.

PARAÍBA. **Lei nº 1.192, de 2 de abril de 1955.** Lotep. Disponível em:
<http://lotep.pb.gov.br/menu-principal/institucional>. Acesso em: 26 out. 2021.

PARANÁ. **Lei nº 2.964/1956.** Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. Disponível em: <http://portal.assembleia.pr.leg.br/indez.php/pesquisa-legislativa/proposicao>. Acesso em: 26 out. 2021.

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

PERNAMBUCO. **Lei nº 73 de 22 de dezembro de 1947.** Informação obtida em: BRASIL, STF. Reclamação nº 5716. Relator: ministro celso de Mello. Voto pela concessão da liminar requerida, aos 23/03/2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2582329>. Acesso em: 23 out. 2021.

PIAUÍ. **Lei nº 1.825/1947** *apud* BRASIL. Supremo Tribunal federal. ADI nº 3147. Relator: Min. Ayres Brito. Acesso em 23 out. 2021.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica.** São Paulo: Editora Cultrix, 1972.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Jopper; RIBEIRO, Gustavo Sampaio de Abreu. O dobro ou nada: a regulação de jogos de azar, **Revista Direito GV**, São Paulo, jul-dez 2012, p. 631-634.

REINO UNIDO. GAMBLING COMISSION. **Statement of principles for licensing and regulation.** Disponível em:
<http://www.gamblingcommission.gov.uk/pdf/statement-of-principles-for-licensingand-regulation.pdf>.

RODRIGUES, Nuno Cunha. **Regulação econômica:** o quarto poder. Disponível em <https://www.publico.pt/2022/01/13/opiniaop/opiniaop/regulacao-economica-quarto-1991691>. Acesso em 29.01.2022.

ROSE-ACKERMAN, Susan. **Análise econômica progressista do direito:** e o novo direito administrativo. *In* MATTOS, Paulo; PRADO, Mariana Mota; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga; OLIVA, Rafael (Org.). **Regulação econômica e democracia:** o debate norte-americano. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 243.

RIO DE JANEIRO. **Decreto-Lei nº 138 de 23 de junho de 1975**. Dispõe sobre a loteria do Estado do Rio de Janeiro – LOTERJ [Sucessora da loteria do estado da Guanabara de 1940]. Disponível em www.multirio.gov.br.

RIO GRANDE DO NORTE. **Lei nº 8.118, de 27 de maio de 2002**. Institui a Loteria do Estado do Rio Grande do Norte e dá outras providências. *Apud* Brasil, Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2.690, julgada procedente, declarando inconstitucional referida norma estadual. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2031932>. Acesso em 26 out. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. **Decreto-Lei nº 1350 de 1947**. Disponível em <https://www.fazenda.rs.gov.br/conteudo/1404/lotergs-na-internet>. Acesso em 25 out. 2021.

RONDÔNIA. **Lei nº 121 de 21 de julho de 1986**. Autoriza o Poder Executivo a criar a Loteria estadual de Rondônia. Assembleia Legislativa de Rondônia. Disponível em: <https://sapl.al.ro.leg.br/norma/pesquisar>. Acesso em 26 out. 2021.

SANTA CATARINA. **Lei nº 3.812 de 3 de março de 1966**. Cria a Superintendência Lotérica do Estado de Santa Catarina – LOTESC e dá outras providências. Disponível em: <http://leis.alesc.sc.gov.br/html/1966/3812/1966/lei.html>. Acesso em: 26 out. 2021.

SÃO PAULO. **Decreto nº 10.120 de 14 de abril de 1939**. Dispõe sobre o serviço de loterias do Estado. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/norma/125455>. Acesso em 26 out. 2021.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **Licitações internacionais**: participação de estrangeiros e licitações realizadas com financiamento externo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

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

SCHIRATO, Vitor Rhein. Livre iniciativa nos serviços públicos. Belo Horizonte: 2012.

SERGIPE. **Lei nº 1.387 de 27 de maio de 1966**. Cria Loteria e dá outras providências. Assembleia Legislativa do Sergipe. Disponível em: <https://al.se.leg.br/Legislacao/Ordinaria/1966/O13871966.pdf>. Acesso em 26 out. 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Loterias Estaduais na Constituição de 1988** (parecer). Revista de Direito Público, n. 91, p. 95-102, jul./set. 1989.

TÁCITO, Caio. **Loterias Estaduais: criação e regime jurídico** (parecer). Revista de Direito Público, n. 77, p. 75-79, jan./mar. 1986.

TÁCITO, Caio. **Loteria Estadual – limites de emissão de bilhetes – autonomia estadual** (parecer). Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, v. 40, p. 50-64, 1988.

TOCANTINS. **Lei nº 66 de 25 de julho de 1989**. Cria a Superintendência Lotérica do estado do Tocantins – LOTINS e dá outras providências. Disponível em: <https://www.al.to.leg.br/arquivos/6326.df>. Acesso em 24 out. 2021.

THOMPSON, William N. Two countries, one system: Las Vegas and Macau – Sharing the future. **Gaming Law Review and Economics**, volume 16, n.03, New Rochelle, 2012, p. 81.

TRIGUEIRO, Oswaldo. **Loteria estadual** (parecer). Revista de Direito Público, n. 76, p. 37-42, out./dez. 1985.

WACQUANT, Loïc. **As duas faces do gueto**. Trad. Cezar Castanheira. São Paulo: Ed. Boitempo, 2008.

WILLMANN, Gerald. **The History of Lotteries**, Stanford, ago. 1999. Disponível em: <http://willmann.com/~gerald/history.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2021.

WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme A. **Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para a atividade regulatória atual**. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, v. 264, set./dez. 2013, p. 13-56.

WORLD LOTTERY ASSOCIATION (WLA). **World Lottery Association By-Laws** (2016). Disponível em: https://www.worldlotteries.org/images/documents/bylaws/2016/Bylaws_AS_ADOPTED_IN_SINGAPUR_2016_ENG.pdf. Acesso em 18 nov. 2021.