

APOSTAS ESPORTIVAS NO BRASIL: CONCESSÃO, AUTORIZAÇÃO, CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

Fernão Justen de Oliveira

*Mestre e Doutor em Direito pela UFPR
Sócio da Justen, Pereira, Oliveira & Talamini*

Ricardo de Paula Feijó

*Especialista em Direito Administrativo
Advogado da Justen, Pereira, Oliveira & Talamini*

Em 12/12/2018, foi sancionado o Projeto de Lei de Conversão nº 29/2018 oriundo da MP nº 846/2018 sobre a destinação do produto de arrecadação das loterias, convertendo-se na Lei 13.756/2018. O texto do Projeto de Lei sofreu emendas que incluíram a modalidade lotérica de aposta de quota fixa (art. 29 e seguintes da Lei).

1. A aposta de quota fixa

A aposta de quota fixa é a modalidade lotérica em que se determina no momento da aposta quanto o apostador ganhará se acertar o prognóstico (art. 29, §1º, da Lei 13.756/2018). Nessa modalidade, não há flutuação no prêmio da aposta, que é definido de antemão.

Em termos práticos, o apostador escolherá certo resultado de um evento esportivo real, sabendo o valor do prêmio por esse resultado. Trata-se de uma prática de aposta esportiva bastante antiga e comum, amplamente praticada na internet inclusive por brasileiros.

2. A aposta de quota fixa como serviço público

O art. 29, *caput*, da Lei qualifica a modalidade lotérica de aposta de quota fixa como serviço público de titularidade exclusiva da União. Disso, decorrem duas consequências.

Em primeiro lugar, a aposta de quota fixa estará submetida ao regime jurídico de direito público e às normas jurídicas especiais dos serviços públicos. Isto é, a ela aplicam-se os princípios e regras inerentes ao exercício da função administrativa, com a exploração dessa atividade pelo Poder Público, direta ou indiretamente, nos termos do art. 175 da Constituição Federal.

A incidência do regime de direito público cria uma limitação à exploração da atividade pela iniciativa particular. Se tal modalidade lotérica não se qualificasse como serviço público e estivesse fora do regime de direito público, a sua exploração direta seria disponível à iniciativa privada. Poderia haver limitações regulatórias de ordem diversa, mas a sua exploração ocorreria

diretamente pelos particulares.

Em segundo lugar, estipulou-se a titularidade da União sobre a modalidade lotérica aposta de quota fixa. Isso significa que incumbe à União delegar, regular e fiscalizar esse serviço público. A Lei prevê que caberá ao Ministério da Fazenda a execução dessas atividades.

Embora gravada pela Lei 13.756/2018 como serviço público, essa atividade não parece apresentar, em princípio, o atributo material da essencialidade. Implica dizer que a sua realização não se destina à “*satisfação de necessidades individuais ou transindividuais de cunho essencial*”.¹

3. A exploração mediante concessão

O §2º do art. 29 da Lei 13.756/18 prevê que a aposta de quota fixa será autorizada ou concedida pelo Ministério da Fazenda. O dispositivo impõe a delegação do serviço público a particulares. Não há discricionariedade da Administração Pública nesse ponto: a atividade não será executada por ela, mas delegada à iniciativa privada.

Preveem-se duas formas genéricas de exploração: concessão e autorização.

Existem três modalidades de concessão no Brasil: concessão comum, concessão patrocinada e concessão administrativa. A concessão administrativa (espécie de PPP) não será adequada, pois envolve a prestação de serviços à Administração Pública como usuária direta ou indireta (art. 2º, §2º, da Lei 11.079/2004). A aposta de quota fixa não caracteriza prestação de serviços para a Administração Pública, o que impede a concessão administrativa.

A concessão patrocinada (outra espécie de PPP) seria viável em tese para a delegação de aposta de quota fixa. Todavia, não é a mais adequada, pois a sua essência é o poder concedente suplementar com recurso próprio a tarifa cobrada pelo concessionário. Ou seja, nesse modelo, a União precisaria arcar com parte da remuneração do concessionário, o que desvirtuaria a lógica da exploração de loterias.

Nesse contexto, a concessão comum é a modalidade mais ajustada à delegação das apostas de quota fixa: o concessionário explorará o serviço público de apostas de quota fixa mediante um contrato administrativo de concessão e será remunerado pelos usuários.

A concessão deverá ser precedida de licitação pública, na modalidade concorrência. Isso demandará o prévio planejamento e estudo do melhor modelo jurídico possível, incluindo a formatação do contrato de concessão com prazo determinado. O poder concedente manterá a titularidade do serviço, com poder de fiscalizar o contrato, impor obrigações, extinguir o contrato e intervir

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 636.

extraordinariamente na sua gestão. Também terá a prerrogativa de modificar as condições de execução do serviço quando for necessário para assegurar a sua melhor oferta para os usuários. Tais alterações pelo poder concedente são compensáveis ao concessionário, por aplicação da regra constitucional e legal do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que ordena a estabilidade da remuneração do concessionário descrita em sua proposta vencedora da concorrência.

4. A exploração mediante autorização

Diferentemente do regime de concessão, a autorização de serviço público admite a incidência do regime de direito privado. Mas por ser qualificado como serviço público, o regime de jurídico de direito público seria naturalmente aplicável à autorização de apostas em quota fixa.

Ao contrário da concessão, a disciplina da autorização não está prevista em lei geral. Conseqüentemente, caso ocorra a autorização desse serviço, o regime jurídico aplicável deverá ser objeto de regulamentação e regulação específicas.

De regra, a autorização de serviço público se adota em situações emergenciais ou especiais,² que não seria o caso das apostas de quota fixa. A ausência de parâmetro unificado sobre o regime da autorização de serviço público tem estimulado a doutrina a admitir a sua aplicação de forma autônoma, sem ser em caráter emergencial.³

5. A concorrência compulsória

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

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

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

² Idem, p. 758.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico das atividades portuárias e seus reflexos sobre a delimitação do porto organizado. In PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (org.). Direito portuário brasileiro: Lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem. São Paulo, Marcial Pons, 2015, p. 296.

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

6. A regulação das apostas esportivas

O §3º do art. 29 da Lei 13.756/2018 prevê que as apostas de quota fixa e sua delegação serão regulamentadas pelo Ministério da Fazenda em até dois anos, prorrogável por mais dois anos.

A regulamentação da lei por ato normativo do Poder Executivo faz parte da regulação do serviço público. A União poderá regular os serviços mediante a expedição de outras espécies de ato administrativo. Ainda, a regulação dos serviços também ocorrerá por meio de disposições específicas nos contratos de concessão ou pelos atos da autorização, que deverão conter as condições de prestação dos serviços.

7. Conclusão

Com a sanção presidencial da Lei 13.756/2018, iniciou-se o prazo de dois anos (prorrogáveis por igual período) para o Ministério da Fazenda regulamentá-la.

A adoção da modalidade de delegação dependerá da ponderação pela Administração Pública sobre as vantagens e desvantagens derivadas de cada modelo para, por exemplo, a gestão dos contratos, a atratividade despertada nos particulares interessados e a rentabilidade da exploração do serviço.

Informação bibliográfica do texto:

OLIVEIRA, Fernão Justen de; FEIJÓ, Ricardo de Paula. Apostas esportivas no Brasil: concessão, autorização, concorrência e regulação. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira & Talamini*, Curitiba, n.º 142, dezembro de 2018, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em [data].