

# 2º PRÊMIO SEFEL DE LOTÉRIAS

Concurso de Monografia

## 2018

### TEMA

A Regulação de Loterias no Brasil e Aspectos de Responsabilidade Social Corporativa das Loterias

### 2º LUGAR

Contratos de Distribuição:  
desenvolvendo concorrência  
intramarcas nos mercados de jogos

Autor:

**Roberto Domingos Taufick**

Realização:



Idealização:



Patrocínio:



*Resumo:* Os mercados de jogos no Brasil são marcados por uma regulação que oscila entre momentos de sístole e diástole, ora promovendo, ora proibindo modelos mais abertos ao desenvolvimento da competição intermarcas. A concorrência pode, entretanto, ser fomentada, ainda quando limitada a uma única marca: a denominada concorrência intramarcas depende, porém, da alteração do modelo top-down dos modelos de agência para a multiplicação dos centros de decisão dos modelos de distribuição. A regulação atual de jogos leva a uma *overdeterrence* que priva a sociedade de um quociente elevado de bem-estar -- associado tanto à limitação da liberdade de jogar, quanto à redução da alocação de recursos em mercados de bens meritórios. Por essa razão, apresentamos proposta para a implantação de um modelo que, ciente das restrições hoje presentes para o desenvolvimento de uma ampla concorrência intermarcas, incentiva o desenvolvimento da concorrência intramarcas. Apesar do efeito potencialmente disruptivo, a implantação desse modelo depende de ajustes formais pouco intrusivos, que podem ser implantados até mesmo de forma escalonada. O trabalho é o resultado de extensa pesquisa bibliográfica, em particular nos campos da análise econômica do direito e da defesa da concorrência.

*Palavras-chaves:* concorrência intermarcas. concorrência intramarcas, ética corporativa.

**2º Prêmio Sefel de Loterias -- 2018**

**Tema:**

**A Regulação de Loterias no Brasil e Aspectos de Responsabilidade Social  
Corporativa das Loterias**

**Título:**

**Contratos de distribuição: desenvolvendo concorrência intramarcas nos  
mercados de jogos**

## Sumário

<b>1. Por que a categorização da loteria como serviço público é uma questão histórica.....</b>	<b>4</b>
<b>2. Análise econômica do direito.....</b>	<b>6</b>
<b>3. Por que a ausência de concorrência no serviço lotérico é um problema histórico.....</b>	<b>8</b>
<b>4. Permissões, concessões e contratos de agência.....</b>	<b>15</b>
<b>5. Por que é necessário atualizar o modelo de responsabilidade corporativa das loterias.....</b>	<b>18</b>
<b>A. Responsabilidade social na aplicação dos recursos.....</b>	<b>19</b>
<b>B. Responsabilidade na captação dos recursos: uma proposta de ética concorrencial corporativa.....</b>	<b>26</b>
<b>6. Contratos de distribuição, ou revenda: por que introduzir a concorrência intramarcas nos mercados de jogos.....</b>	<b>28</b>
<b>7. A concorrência traz benefícios.....</b>	<b>35</b>
<b>8. Como viabilizar a proposta.....</b>	<b>41</b>
<b>9. A concorrência intramarcas aumenta a diversidade e a eficiência econômica</b>	<b>44</b>
<b>10. Referências.....</b>	<b>46</b>

*Resumo:* Os mercados de jogos no Brasil são marcados por uma regulação que oscila entre momentos de sístole e diástole, ora promovendo, ora proibindo modelos mais abertos ao desenvolvimento da competição intermarcas. A concorrência pode, entretanto, ser fomentada, ainda quando limitada a uma única marca: a denominada concorrência intramarcas depende, porém, da alteração do modelo top-down dos modelos de agência para a multiplicação dos centros de decisão dos modelos de distribuição. A regulação atual de jogos leva a uma *overdeterrence* que priva a sociedade de um quociente elevado de bem-estar -- associado tanto à limitação da liberdade de jogar, quanto à redução da alocação de recursos em mercados de bens meritórios. Por essa razão, apresentamos proposta para a implantação de um modelo que, ciente das restrições hoje presentes para o desenvolvimento de uma ampla concorrência intermarcas, incentiva o desenvolvimento da concorrência intramarcas. Apesar do efeito potencialmente disruptivo, a implantação desse modelo depende de ajustes formais pouco intrusivos, que podem ser implantados até mesmo de forma escalonada. O trabalho é o resultado de extensa pesquisa bibliográfica, em particular nos campos da análise econômica do direito e da defesa da concorrência.

*Palavras-chaves:* concorrência intermarcas. concorrência intramarcas, ética corporativa.

## **1. Por que a categorização da loteria como serviço público é uma questão histórica**

Os jogos de azar são alocados, no ordenamento jurídico brasileiro, entre os serviços públicos – a serem explorados pelo Estado diretamente, ou mediante concessão, ou permissão. O enquadramento dentro dos serviços públicos parece ter sido uma escolha decorrente das externalidades negativas que o vício pode ter sobre o endividamento pessoal e pelo uso dos jogos de azar como mecanismo de lavagem de dinheiro: jogos em cassinos, por exemplo, oferecem uma oportunidade ímpar de acrescentar patrimônio sem a necessidade de declarar a sua origem<sup>1</sup>.

Sob a ótica econômica, se a existência de externalidades negativas é razão suficiente para regular o exercício de atividade econômica<sup>2</sup>, não o é, entretanto, para que a atividade venha a ser exercida, direta, ou indiretamente, pelo Estado (art. 174 c/c art. 175 da Constituição Federal). A definição da sorte das loterias teve, entretanto, fundamentação jurídica, não econômica. O Decreto nº 21.143, de 10 de março de 1932, definiu, ainda durante a Era Vargas, que as loterias eram serviços públicos, o que culminou na elaboração de legislação penal igualmente restritiva (Decreto-Lei nº 854, de 12 de novembro de 1938).

Esse entendimento foi preservado após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que relegou à legislação federal disciplinar sorteios (art. 22, XX) e, ao mesmo tempo, determinou que a sua receita ajudaria a financiar a seguridade

---

<sup>1</sup> VILHENA (2017). Ver, também, FIEDLER (2013) e GODINHO (2013).

<sup>2</sup> SALOMAO FILHO (2001).

social (art. 195, III). A legislação federal, como se relatará mais adiante, manteve a caracterização das loterias como serviços públicos.

Estamos, portanto, diante de um caso de categorização hodierna de um serviço como público – não como atividade econômica em sentido estrito -, apesar da sua superfluidade. Em termos estritamente econômicos, a presença de efeitos indesejáveis de apostas excessivas sobre a saúde e sobre a poupança familiar<sup>3</sup> – tal qual ocorre com o segmento dos medicamentos – exigiria uma intervenção muito menor no domínio econômico, por meio de regulação que proibisse, limitasse, ou regrassse o funcionamento do mercado.

Sob a lógica jurídica, porém, o art. 173 da Constituição Federal franqueia a exploração direta de atividade econômica pelo Estado quando necessária aos imperativos da segurança nacional, ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. As preocupações com a lavagem de dinheiro são suficientes para justificar, sob o ponto de vista formal, a caracterização dos jogos como serviços públicos, no Brasil, exercidos por meio de empresa pública.

A preservação da categorização dos jogos entre os serviços públicos hodiernamente exercidos pela administração indireta, ou por permissionários, tem ainda, robusta fundamentação histórica na proteção da economia doméstica e dos bons costumes -- e, indiretamente, da saúde pública (contra o vício da aposta). O Decreto nº 21.143, de 1932, exigia que o produto líquido de cada loteria seria integralmente aplicado em obras de caridade e de instrução (art. 11). A dependência desses recursos só cresceu com o passar dos anos, o que possivelmente pavimentou, por razões igualmente fiscais, a sua consolidação como serviço público após a ordem constitucional pós-1988.

---

<sup>3</sup> OLIVEIRA (2017).

## 2. Análise econômica do direito

O fato de os serviços públicos não serem bens meritórios suscita o questionamento de por que cumpriria ao Estado estimular o seu funcionamento. Antes, assim como outros produtos cujo consumo excessivo tem externalidades sociais negativas, caberia ao Estado escolher entre regular o seu uso excessivo, ou proibir a atividade de forma absoluta.

A proscrição da atividade costuma ocorrer quando ela atenta frontalmente contra os valores sociais de uma dada comunidade naquele momento e, por isso, nem o consumo mínimo seja socialmente tolerável. Conhecida como regra da inalienabilidade, exige que se imponha uma sanção não inferior à utilidade que o infrator derive da infração<sup>4</sup>. Dada a dificuldade de calcular o valor da utilidade, costuma-se usar como *proxy* o valor da vantagem auferida, acrescida, quando necessário, da pena de incapacitação (encarceramento)<sup>5</sup>. Ressalte-se, porém, que, em alguns casos, a inalienabilidade pode ser aceita como a única solução possível, ainda que subótima: isso resulta, por exemplo, da impossibilidade prática de fiscalizar a atividade, tornando a escolha pela vedação um *second best*.

Por sua vez, a regulação do consumo excessivo pressupõe que haverá liberdade para o consumo até um ponto determinado pela autoridade reguladora: a partir desse momento, cumprirá ao Estado impor a alguma pessoa (física, ou jurídica) a responsabilidade por limitar esse consumo. Essa escolha consuma ser embasada pela regra do menor custo (*least cost avoider*): o ônus será imposto a

---

<sup>4</sup> MELLO et alli (2018).

<sup>5</sup> Ibidem.

quem consiga realizar a tarefa com menor sacrifício (social, ou, alternativamente, sacrifício econômico, ambiental, ou outro menos abrangente escolhido pelo Estado). A escolha leva em consideração, por exemplo, o valor daquela atividade econômica para o produto interno bruto; a probabilidade de dano gerado pelo consumo excessivo; a abrangência média do dano causado (geral, ou individual); a capacidade de detecção; a assimetria de informação; direitos personalíssimos, como privacidade, integridade física e liberdade de ir e vir.

Essa regulação de abusos pode ser subdividida em (i) proibir abusos, ou (ii) pagar um preço pelo direito de abusar. No primeiro caso, o Estado deve impor uma sanção que desincentive o abuso; no segundo caso, tanto pode o Estado (ii.a) definir um valor a ser pago pelo infrator caso opte por cometer a falta (por exemplo, o valor do dano, caso o objetivo seja obrigar que internalize o custo), como (ii.b) conferir a titularidade do direito à vítima para cobrar do infrator uma compensação pelo dano que lhe foi causado. O primeiro caso reflete, novamente, a aplicação da regra da inalienabilidade e, portanto, exige o pagamento de uma multa que não seja inferior ao valor da vantagem auferida com o ilícito. No segundo caso, temos tanto a regra da responsabilidade (quando o valor da compensação é definido de antemão pelo Estado), quanto a regra da propriedade (quando cumpre ao particular negociar, ou litigar com o infrator pelo valor que deseje ver compensado)<sup>6</sup>.

Historicamente, o legislador brasileiro tem priorizado a imposição da regra da inalienabilidade quanto às modalidades com maior externalidade social negativa (cassinos) e a imposição de regras estruturais e comportamentais que limitem a possibilidade de abuso de poder econômico dos agentes econômicos (e, portanto, previnam a criação de mercados com elevadas externalidades negativas), nos

---

<sup>6</sup> Polinsky (2011). Ver também Shavell (2004).

demais casos. Neste último caso (imposição de regras estruturais e comportamentais), as regras voltam-se, exclusivamente, a limitar as *vendas* excessivas pelas franquias, ou os *preços* excessivos (acima do valor definido pela regulação) de forma geral, entendidos como fatores que podem levar à concentração de poder econômico. Não há nenhuma regra que limite o *consumo* excessivo.

As regras explicam, portanto, a natural preocupação do Estado com *underdeterrence* e, por subseqüente, com o jogo excessivo e liberdade excessiva para a lavagem de dinheiro. Explicam, ainda, a preocupação com a *overdeterrence* e, portanto, com limitações desnecessárias aos jogos de azar: assim não fosse, faria mais sentido optar pela regra da inalienabilidade (proibição estrita ao direito subjetivo de apostar). Como antecipado na seção anterior, a teoria econômica não explica, porém, por que, enquanto serviços públicos, os jogos de azar legalizados são podem ser excludentes, nem rivais.

Sob a lógica jurídica, porém, os jogos de azar são enquadrados entre os serviços públicos por uma questão de segurança -- lavagem de dinheiro -, a partir de uma opção do 173 da Constituição Federal. O argumento também é sólido sob o argumento histórico e sob a lógica fiscal.

### **3. Por que a ausência de concorrência no serviço lotérico é um problema histórico**

O monopólio do Estado no serviço lotérico é perceptível desde muito cedo. BARBOSA (2017) descreve de forma extensiva o surgimento da regulação das loterias no Brasil ainda na fase imperial. Para o propósito deste trabalho, porém, vamos nos ater à legislação mais recente e ainda usada como referência no sítio eletrônico da Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria<sup>7</sup>.

No acervo normativo da Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria, chama a atenção o Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941, que já considerava contravenção penal vender loteria sem autorização. Anos mais tarde, o Decreto-Lei nº 6.259, de 10 de fevereiro de 1944, determinaria, no seu art. 4º, que somente a União e os Estados poderiam explorar, ou conceder serviço de loteria, vedada mais de uma exploração, ou concessão lotérica por ente.

Durante o regime militar, as regras para a exploração de jogos de azar tornaram-se mais restritivas. Assim, o art. 1º Decreto-Lei nº 204, de 27 de fevereiro de 1967, na esteira do art. 3º do Decreto-Lei nº 854, de 1938, esclarecia 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.” A exploração da loteria passava a ocorrer diretamente pela Administração. Segundo o art. 2º do Decreto Lei nº 204, de 1967:

“A Loteria Federal, de circulação, em todo o território nacional, constitui um serviço da União, executado pelo Conselho Superior das Caixas Econômicas Federais, através da Administração do Serviço de Loteria Federal, com a colaboração das Caixas Econômicas Federais. As

---

<sup>7</sup> Disponível em <<https://www.fazenda.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/legislacao/legislacao-sobre-loterias>>. Acesso em 23 de setembro de 2018.

Caixas Econômicas Federais, na execução dos serviços relacionados com a Loteria Federal, obedecerão às normas e às determinações emanadas daquela Administração.”

De acordo com a norma, nenhuma pessoa física, ou jurídica poderia redistribuir, vender ou expor à venda bilhetes da Loteria Federal, sem ter sido previamente credenciada pelas Caixas Econômicas Federais, sob pena de apreensão dos bilhetes que estiverem em seu poder (art. 20). Ademais, os estados perdiam a autonomia para gestar, ou gerir os jogos de azar.

Assim, em etapas, a legislação que criava um monopólio por parte do governo federal eliminava tanto a competição entre os agentes econômicos, quanto entre a União e os estados federados. Do mesmo modo que a monopolização da atividade pelo Estado era justificada em matéria de segurança e prevenção ao superendividamento, a concentração da atividade exclusivamente pela União justificava-se ante a incapacidade de fiscalizar o exercício da atividade autorizada em âmbito estadual e ante a incompatibilidade daquela legislação com os princípios definidos em âmbito federal. Vale frisar que, se o monopólio do Estado tem, como antecipado, justificativa legal, a restrição espacial ao desenvolvimento dos jogos encontra fundamentação na literatura econômica, que recomenda a concentração dos jogos de azar em determinados polos, a fim de reduzir o custo da fiscalização.

Ao se optar por classificar os jogos de azar enquanto serviços públicos, o legislador os coloca fora da órbita das atividades econômicas em sentido estrito, conferindo ao poder público a definição das condições do seu exercício, incluindo preço. Assim que o Decreto Lei nº 204, de 1967, regulamentava o máximo de bilhetes por varejista (art. 21) e conferia à Administração o poder de fixar preço (art.

3º e art. 8º): cada bilhete, ou fração consignaria ao anverso, além de outras declarações que o Diretor das Rendas Internas determinasse, o preço de plano do bilhete inteiro e o de cada fração, acrescidos do imposto de 5% (art. 25, c).

O grau de regulação da atividade depende, entretanto, da avaliação pelo poder público acerca da forma mais eficiente de conciliar os objetivos de coibir os danos à sociedade e, ao mesmo tempo, conferir a opção de jogar. Um passo à frente, a necessidade de buscar eficiência exige que a opção de jogar deva ser levada a cabo pelo Estado de tal sorte a oferecer a melhor experiência possível ao cidadão-apostador (qualidade do serviço e variedade), ao mesmo tempo em que maximize a receita (eficiência produtiva) que será utilizada para políticas sociais (eficiência distributiva).

Historicamente, porém, a regulação das loterias tem concentrado os seus esforços para, seguindo conceituação do modelo estrutura-comportamento-desempenho da Escola de Harvard, impor restrições estruturais que atomizem o varejo e, assim, previnam o surgimento de estruturas de mercado propícias ao desenvolvimento do poder econômico. Essas restrições podem ser identificadas com a associação do jogo a maus costumes e com o objetivo de coibir a formação de estruturas que facilitassem a lavagem de dinheiro. Assim é que o Decreto-Lei nº 6.259, de 1944, determinava que fossem feitas concessões de loterias – exclusivamente a brasileiros e a sociedade brasileiras com sócios não anonimizados (art. 7º) -, as quais seriam precedidas de concorrência pública (art. 5º). Ademais, a loteria federal e as estaduais estariam subordinadas a prazo máximo de cinco anos de concessão; distribuição da percentagem mínima de setenta por cento (70%) em prêmios sobre cada emissão; impossibilidade de exploração, simultânea, direta, ou

indiretamente, de mais de um serviço lotérico pela mesma pessoa, física ou jurídica; limite à emissão de bilhetes; limite à quantidade de extrações (art. 9º).

A análise da evolução regulatória permite concluir que as melhorias funcionais do sistema lotérico voltaram-se, primordialmente, para facilitar a fiscalização e, secundariamente, para promover a eficiência econômica. A maior dessas mudanças veio em 1969. Naquele ano, os jogos de azar foram submetidos a um regime intermediário entre aquele trazido pelo Decreto-Lei nº 6.259, de 1944, e aquele do Decreto Lei nº 204, de 1967: o Decreto-Lei nº 759, de 12 de agosto, autorizou o Poder Executivo federal a constituir a empresa pública Caixa Econômica Federal, que teria, entre outras finalidades, explorar, com exclusividade, os serviços da Loteria Federal do Brasil e da Loteria Esportiva Federal, nos termos da legislação pertinente (art. 2º). A Caixa Econômica Federal teria direito a uma comissão de venda a título de remuneração fixa pelos serviços de distribuição nacional dos bilhetes de loteria (art. 10).

A Lei nº 6.717, de 12 de novembro de 1979, autorizou a Caixa Econômica Federal a realizar, como modalidade da Loteria Federal regida pelo Decreto Lei nº 204, de 1967, concurso de prognósticos sobre o resultado de sorteios de números, promovido em datas prefixadas, com distribuição de prêmios mediante rateio (art. 1º). O concurso de prognósticos seria regulado em ato do Ministro de Estado da Fazenda, que disporia obrigatoriamente sobre a realização do concurso, a fixação dos prêmios, o limite das despesas com o custeio e a manutenção do serviço, assim como o valor unitário das apostas (art. 3º).

É fato que a fiscalização das loterias vem, pelo menos desde o Decreto nº 21.143, de 1932, sendo exercida pelo Ministério da Fazenda (art. 34). Porém, somente a partir da constituição da Caixa Econômica Federal, a atribuição de

regular o mercado de loterias passou, natural e paulatinamente, com exclusividade, para a alçada desse ministério: os artigos 1º, 3º, 9º e 17 do Decreto-Lei nº 759, de 1969, vincularam a empresa pública àquela pasta. A vinculação à Fazenda deixa transparecer que, embora o monopólio estatal dos jogos tenha sido formalmente justificado sob a manta da moral, da segurança e da saúde pública, sempre houve uma preocupação em garantir mais arrecadação para o desenvolvimento de políticas públicas básicas nos campos da educação, do desporto e da saúde -- ainda que, como abordaremos mais à frente, sem recorrer aos mecanismos corporativos mais responsáveis e economicamente eficientes.

Hoje, a vinculação à Fazenda está expressamente prevista no art. 41, IX, *f* da Lei nº 13.502, de 1º de novembro de 2017. Dentro do Ministério da Fazenda, a competência esteve atrelada à Secretaria de Acompanhamento Econômico, a qual veio a ser sucedida, quanto a essa função, a partir de 2018, pela Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria. Segundo o Decreto nº 9.003, de 13 de março de 2017, o Ministério da Fazenda, tem como área de competência exploração de loterias, incluídos os *sweepstakes* e outras modalidades de loterias realizadas por entidades promotoras de corridas de cavalos (art. 1º), competindo à Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria propor, coordenar e executar, no âmbito do Governo federal, a política e a regulação de loterias (art. 42-A).

No exercício da sua função, a Secretaria de Acompanhamento Econômico fixa o preço dos produtos lotéricos que a Caixa Econômica Federal comercializa. Apesar da praxe de a Caixa Econômica Federal solicitar os reajustes, o art. 3º da Lei nº 6.717, de 1979, confere ao Ministro de Estado da Fazenda a prerrogativa de determinar, de ofício, o valor unitário das apostas. Exemplos desses atos estão:

- na Portaria Seae nº 36/2009, que autoriza a Caixa Econômica Federal a executar o reajuste dos preços nos produtos lotéricos Lotofácil e Mega-Sena. Ao autorizar o reajuste, o Secretário determina o novo preço (nem máximo, nem mínimo, mas o preço fixo) que deve ser seguido para cada modalidade de aposta, não havendo discricionariedade para que a Caixa Econômica Federal deixe de realizar o reajuste, ou o realize por valor inferior ao autorizado;
- Portaria Seae nº 46/2014, que autoriza a Caixa Econômica Federal a reajustar preços de produtos lotéricos, que especifica, da modalidade Loto. A portaria, ao autorizar, determina qual seja o valor do reajuste (“A CEF deverá ajustar...”). Os ajustes serão efetivados mediante publicação, no Diário Oficial da União, até a data especificada pela Seae, de ato específico, expedido pela CEF.

Ou seja, apesar de, aparentemente, falarmos de um ato complexo, que depende de um plexo de decisões (manifestações de vontades) de dois órgãos, estamos, na realidade, diante de um ato simples, que, por determinação legal (o art. 3º da Lei nº 6.717, de 1979), depende, apenas, de uma decisão unilateral do Secretário de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria.

Recentemente, as leis Zico (Lei nº 8.672, de 6 de julho de 1993) e Pelé (Lei nº 9.615, de 24 de março) autorizaram os jogos de bingo em todo o território nacional. Se a Lei Zico conferia aos estados e ao Distrito Federal a competência para normatizar e fiscalizar "sorteios de modalidade Bingo, ou similar" (art. 57, *caput* e §1º), a Lei Pelé caracterizava o bingo como serviço público de competência da União (art. 59 da Lei Pelé), a ser executado, direta, ou indiretamente, pela Caixa

Econômica Federal. Em 2000, o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.981, de 14 de julho de 2000, transferiu a autorização e a fiscalização da realização dos jogos de bingo para a Caixa Econômica Federal. Entretanto, ao revogar expressamente o capítulo IX da Lei Pelé, que disciplinava os bingos, a Lei nº 9.981, de 2000, passou a ser interpretada pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>8</sup> como o marco legal a partir do qual a exploração do jogo de bingo passou a ser considerada ilegal no Brasil. Como o art. 2º da Lei nº 9.981, de 2000, previu *vacatio legis* até 31 de dezembro de 2001, houve o entendimento de que as autorizações já concedidas valeriam, conforme legislação específica, até, no máximo, 12 meses a contar daquela data, ou seja, até 31 de dezembro de 2002.

#### **4. Permissões, concessões e contratos de agência**

**D**esde 2013, a contar da entrada em vigor da Lei nº 12.869, de 15 de outubro daquele ano, a Caixa Econômica Federal pode outorgar a permissionária, por licitação, a comercialização de todas as loterias e produtos autorizados (art. 2º). A outorga é firmada pelo prazo de 20 (vinte) anos.

Comparada ao *statu quo ante*, a lei claramente incentiva a diversificação da experiência oferecida ao cidadão, ao permitir que a atividade do permissionário lotérico seja conjugada com outra atividade comercial -- exigindo, porém, para tanto, prévia e expressa autorização da outorgante, em função da aderência aos produtos de loterias, produtos conveniados e serviços (art. 3º). Ademais, o exercício da

---

<sup>8</sup> RMS 17480/RS e REsp 703156/SP)

atividade de permissionário lotérico não obsta o exercício de atividades complementares impostas, ou autorizadas pela própria outorgante (art. 4º).

A lei ressalva que as atividades complementares autorizadas, ou impostas pela outorgante – mas não as atividades comerciais aderentes independentes que foram autorizadas a serem prestadas de forma conjugada – devam, necessariamente, seguir o padrão do serviço oferecido diretamente pela Caixa Econômica Federal, em um sistema de franquia. A franquia opera, aqui, com o objetivo de reduzir as incertezas jurídicas e garantir ao jogador a convicção de estar realizando o mesmo jogo, sob as mesmas regras e a mesma garantia da Caixa Econômica Federal.

No sistema de franquia, a lei ainda garante à outorgante a faculdade de exigir que os permissionários atuem em atividades acessórias com exclusividade como forma de oferecer à sociedade serviços padronizados em todo o território nacional, incluindo a prestação de serviços como correspondente. Pela comercialização das modalidades de loterias, os permissionários fazem jus a comissão estipulada pela outorgante, a qual incidirá sobre o preço de venda das apostas, deduzidos os repasses previstos em lei e respeitado o equilíbrio econômico-financeiro do produto lotérico (art. 3º).

Por fim, em 2018 o Decreto nº 9.327, de 3 de abril, conferiu maior abertura ao modelo de jogos de azar no Brasil, ao prever a concessão da loteria instantânea (Lotex). O modelo de concessão visou conceder a Lotex para um concorrente da Caixa Econômica Federal, com o objetivo de introduzir concorrência às plataformas de loterias passivas, de prognósticos numéricos e de prognósticos esportivos da Caixa Econômica Federal. A Lotex será autorizada pelo Ministério da Fazenda e executada, em todo o território nacional, mediante concessão (art. 3º) e contará com

um plano de distribuição, ou conjunto de regras que defina a quantidade e o preço das apostas, a quantidade e o valor dos prêmios, a probabilidade de premiação, o prazo de circulação e as outras especificações que compõem uma série (art. 4º). Por se tratar de concessão, o Estado mantém a competência para, seguindo critérios de conveniência e oportunidade, definir o preço do concessionário. É possível que o Estado queira, inclusive, replicar na concessão o modelo de franquia previsto para as permissionárias da Caixa Econômica Federal, impondo exclusividade e restringindo a possibilidade de diversificação da experiência oferecida ao consumidor final.

Todas essas recentes alterações, se preparam terreno para uma flexibilização do mercado e, por meio de uma maior capilaridade dos serviços lotéricos, elevam a arrecadação, pela sua própria natureza dão um folga ao controle do Estado sobre os serviços lotéricos. De forma bastante intuitiva, são medidas que, alterando o standard jurídico, priorizam a visão das apostas sob um viés econômico, reduzindo o apelo do discurso da proteção dos bons costumes.

Por outro lado, o desenho de um modelo mais competitivo, como esse que se ensaia desde 2013, não é condizente, com restrições à concorrência de preços e de qualidade. Tampouco é condizente com a imposição de exclusividade ao revendedor como incentivo à padronização dos serviços, quando a padronização é de interesse do próprio permissionário, ou autorizado, que precisa atrelar o seu nome e a experiência à Caixa Econômica Federal, para reduzir assimetrias de informação e conquistar credibilidade com relação ao cidadão apostador.

Como veremos mais adiante, a eliminação desses entraves que tornam o modelo lotérico brasileiro menos eficiente passa, primordialmente, pela substituição do

modelo de agência, pela eliminação da exclusividade e por incentivos à diversificação.

## **5. Por que é necessário atualizar o modelo de responsabilidade corporativa das loterias**

**A** responsabilidade social corporativa pode ser avaliada tanto sob o ponto de vista da sua atuação responsável na atividade econômica, quando sob o prisma da distribuição responsável dos recursos. No primeiro caso, estamos diante da ética de mercado, em que os agentes econômicos são convidados, em particular, a seguir melhores práticas que resguardem acionistas minoritários das ações dos controladores, protejam os acionistas em geral de problemas de agência, criem um ambiente concorrencialmente saudável entre os competidores, ou garantam a concorrência em pé de igualdade quanto a recursos e contratos do governo. No segundo caso, estamos diante da lógica redistributiva, alocando recursos que beneficiam proporcionalmente mais aqueles com menos recursos e oportunidades.

A legislação e a regulação do serviço lotérico, no Brasil, só preveem a aplicação responsável dos recursos, sem que se preocupe com a ética corporativa nas relações de mercado. Ao não se preocupar com a ética de mercado por meio da qual se dá a captura dos recursos, a regulação do serviço lotérico aplica a lógica do princípio *non olet*, tão cara ao fisco, em que a origem dos recursos se torna irrelevante.

Em nosso entender, essa lógica é ineficiente, pois permite que o Estado use de vantagens artificiais para dominar mercados, ou conferir vantagem competitiva a quem seja menos eficiente -- quando o correto seria usar da sua presença excepcional no mercado para promover boas práticas corporativas e premiar o mais eficiente. Quando o próprio Estado prioriza, a todo custo, o domínio de mercados em lugar do seu desenvolvimento, restringindo a eficiência econômica que poderia advir da participação mais ativa da iniciativa privada, toda a economia sofre a perda de peso morto que decorre da menor oferta do produto, a preços mais altos e com menor qualidade.

As subseções abaixo abordam essas questões e preparam terreno para a nossa proposta.

#### **A. Responsabilidade social na aplicação dos recursos**

A vinculação dos recursos públicos angariados com os serviços de loteria a despesas de caráter social está presente pelo menos desde 1967, com a edição do Decreto-Lei nº 204. Os artigos 1º e 28 determinavam que a renda líquida obtida com a exploração do serviço de loteria fosse obrigatoriamente destinada a aplicações de caráter social e de assistência médica, assim como em empreendimentos do interesse público. Citando o art. 28:

“O Fundo Especial da Loteria Federal, previsto no artigo anterior, terá seus recursos aplicados nas seguintes finalidades: I) 30% destinados à constituição de um 'Fundo Especial de Financiamento da Assistência Médica'; II) 20% destinados à constituição de um 'Fundo Especial de

Desenvolvimento das Operações das Caixas Econômicas Federais'; III) 20% destinados a constituição de um 'Fundo Especial de Serviços Públicos e Investimentos Municipais'; IV) 20% destinados à constituição de um 'Fundo Especial de Manutenção e Investimentos'; V) 20% destinados ao 'Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação'; VI) 20% destinados à constituição de um 'Fundo Especial de Alimentação Escolar (FEAE)'.

Essa dinâmica foi mantida com o passar dos anos, quando os recursos financiaram ações previstas por diferentes normas. Exemplos disso são:

- Lei nº 6.168, de 9 de dezembro de 1974: previa aplicação no Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social - FAS (art. 2º);
- Lei nº 6.905, de 11 de maio de 1981: previa aplicação na Cruz Vermelha Brasileira;
- Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991: previa aplicação na seguridade social (art. 26);
- Lei nº 8.313, de 23 de dezembro de 1991: previa aplicação no Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac) (art. 5º).
- Lei Complementar nº 79, de 07 de janeiro de 1994: previa aplicação no Fundo Penitenciário Nacional – Funpen (art. 2º);
- Lei nº 9.092, de 12 de setembro de 1995: previa aplicação na Federação Nacional das Associações de Pais e Amigos dos Excepcionais - Fenapaes;
- Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998: previa aplicação no desporto (arts. 6º, 56, 82-B, §3º).

Em 2018, foi editada a Medida Provisória nº 841, de 11 de junho de 2018, que dispõe sobre o Fundo Nacional de Segurança Pública – FNSP – e sobre a

destinação do produto da arrecadação das loterias. O art. 13 da medida provisória disciplina como será destinado o produto da arrecadação de apostas, ou da venda de bilhetes de loterias, tanto em meio físico, quanto em meio eletrônico. Para tanto define as modalidades lotéricas como (§1º):

“I - loteria federal (espécie passiva) - loteria em que o apostador adquire bilhete já numerado, em meio físico, ou seja, impresso, ou virtual, ou seja, eletrônico; (Redação dada pela Medida Provisória nº 846, de 2018)

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 - loterias 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 Medida Provisória nº 841, de 2018, também determina a destinação da arrecadação da loteria, de acordo com cada modalidade:

**Tabela 1. Modalidades lotéricas e vinculação dos recursos**

Modalidade	Destinação
Loteria Federal (art. 14)	seguridade social
	Fundo Nacional da Cultura - FNC
	Funpen
	FNSP
	Comitê Olímpico Brasileiro - COB
	Comitê Paraolímpico Brasileiro - CPB
	agente operador da modalidade lotérica
	pagamento de prêmios e recolhimento do imposto de renda incidente sobre a premiação
loteria de prognósticos numéricos	seguridade social
	FNC
	Funpen
	FNSP
	desporto (Ministério do Esporte; Comitê Brasileiro de Clubes – CBC; Confederação Brasileira

loteria de prognóstico específico

do Desporto Escolar- CBDE; Confederação Brasileira do Desporto Universitário - CBDU)
COB
CPB
agente operador da modalidade lotérica
pagamento de prêmios e o recolhimento do imposto de renda incidente sobre a premiação
seguridade social
Fundo Nacional de Saúde - FNS
Funpen
FNSP
Fundo Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente
Ministério do Esporte
COB
CPB
entidades desportivas da modalidade futebol que cederem os direitos de uso para concurso de prognóstico específico
agente operador da modalidade lotérica

	prêmios e o recolhimento do imposto de renda incidente sobre a premiação
loterias de prognósticos esportivos	seguridade social
	FNC
	Funpen
	FNSP
	Ministério do Esporte
	COB
	CPB
	entidades desportivas e para entidades de práticas desportivas, constantes do concurso de prognóstico esportivo, pelo uso de suas denominações, suas marcas e seus símbolos
	cobertura de despesas de custeio e manutenção do agente operador da modalidade lotérica
	pagamento de prêmios e o recolhimento do imposto de renda incidente sobre a premiação
Lotex	Fenapaes
	Cruz Vermelha Brasileira
	seguridade social
	FNSP

Ministério do Esporte

FNC

despesas de custeio e manutenção do agente operador da modalidade lotérica

pagamento de prêmios e o recolhimento do imposto de renda incidente sobre a premiação

Apesar de a destinação dos recursos ser feita para finalidades sociais relevantes, como saúde, esportes, educação e segurança pública, a forma de captação ainda carece, na prática, de regras que promovam boas práticas de mercado. Em particular, a estrutura de mercado concentrada das loterias carece de regras claras de responsabilidade social corporativa. É disso que trata a próxima subseção.

### **B. Responsabilidade na captação dos recursos: uma proposta de ética concorrencial corporativa**

Sob o aspecto formal, a preocupação com a ética de mercado na oferta de produtos lotéricos, ou nos contratos celebrados, seja com permissionárias, seja no patrocínio de causas amparadas pela arrecadação das loterias esteve presente, desde muito cedo, na regulamentação dos jogos no Brasil. Exemplo disso está no art. 2º do Decreto-Lei nº 6.259, de 10 de fevereiro de 1944, segundo o qual os concessionários do serviço de loteria dos governos da União e dos Estados deveriam comprovar idoneidade moral e financeira. Embora esteja ainda muito longe do nível de concretude que, ao incorporar fortes valores de *compliance* concorrencial, o conceito de ética profissional alcança hoje, o resgate da preocupação do art. 2º do Decreto-Lei nº 6.259, de 1944, com o comportamento daquele com quem o Estado contrata tem o inegável mérito de permitir incorporar aos contratos do poder público a necessária aderência às boas regras de mercado. A partir daí, no cenário de *enforcement* ideal, seria lícito concluir que todo aquele que tivesse adimplido o seu contrato (com cláusulas de aderência a boas práticas de mercado) com o Estado contasse, presumidamente, com um selo de *compliance*.

Além do ponto de vista da ética de mercado, o incentivo ao *compliance* concorrencial encontra amparo em regras que impingem a produtividade, ou eficiência como metas e que encontram, há muito agasalho formal no arcabouço regulatório que rege os jogos de azar no Brasil. A esse respeito, o Decreto-Lei nº 759, de 1969, determina que, tanto na elaboração dos estatutos, quanto na plantação da estrutura geral e normas de funcionamento da Caixa Econômica Federal, será observado, entre outros, o princípio fundamental de incentivo ao aumento de produtividade de seus serviços (art. 9º, parágrafo único, VI).

É necessário reconhecer, entretanto, que, na prática, a análise do mercado dos jogos de azar sob a ótica concorrencial ainda foge da cultura da regulação do setor – naturalmente, por conta do monopólio exercido pela Caixa Econômica Federal, o qual pode finalmente ser encerrado com o leilão da Lotex. Apesar de intuitiva, essa visão falha ao, diante da ausência de concorrência intermarcas, ou na perspectiva de uma competição intermarcas atenuada, deixar de promover a alternativa possível: a concorrência intramarcas.

Essa ausência de cultura concorrencial no setor de loterias está estampada na leitura conjunta do art. 5º do Decreto 9.266, de 15 de janeiro de 2018, com o parágrafo único do art. 41-A do Decreto nº 9.003, de 2017, que, ao excluir o mercado de loterias do espectro de preocupações concorrenciais da Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria, permite inferir que não haja espaço para a competição no mercado lotérico. Esse incômodo é maior porque as loterias são fiscalizadas por um dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – que, mesmo com o grande mérito de ter desenhado um novo modelo para a introdução da concorrência intermarcas e interplataformas, modelo esse premiado internacionalmente pelo Banco Mundial e pela International Competition Network

como melhor iniciativa de advocacia da concorrência no ano de 2017 na categoria “Criando mercados para o desenvolvimento privado”, ainda é contaminado pela visão ultrapassada de que a concorrência intermarcas é a única forma de promover a competição em um mercado.

## **6. Contratos de distribuição, ou revenda: por que introduzir a concorrência intramarcas nos mercados de jogos**

**O** modelo de competição a que costumeiramente nos referimos envolve duas, ou mais marcas concorrendo entre si. Intuitivamente, a competição é um elemento externo à pessoa e deve ser desenvolvida entre ela e terceiro que exerça a mesma atividade, ou, em variados graus, a atividade substituta.

Essa acepção orgânica, porém, é bastante limitada. É possível que uma mesma marca seja comercializada de diferentes formas e com diferentes preços, criando uma pressão competitiva dentro dessa mesma marca. Desse modo, um bem -- produto, ou serviço -- pode ser comercializado de forma individual por diferentes preços, seja por decisão do comerciante, seja pelo diferencial de custos. Ele pode, também, ser empacotado de distintas formas -- facultando ao consumidor desembolsar mais por um pacote de bens, mas pagando menos do que o valor de mercado de cada bem vendido, separadamente -, ou ser incorporado a uma experiência superior de atendimento (que inclua desde ganhos estéticos com

embalagens, até a presença de vendedores especializados que entendam das necessidades do cidadão e ofereçam bens mais adequados ao seu consumo<sup>9</sup>).

A possibilidade de acrescentar valor a um bem e precificar esse benefício cria incentivos à diversificação e à elevação do bem-estar do consumidor. Em última análise, a forma com que o bem chega ao consumidor final pode alterar diametralmente a sua percepção acerca dele, tornando-o, em última análise, outro produto.

Às vezes, a simples digitalização da experiência, além de expandir o público que passa a ter acesso ao bem, reduz os custos de distribuição e eleva a margem do comerciante, que pode repassar parte dos seus ganhos ao consumidor. A capacidade de garantir presença no mercado pela introdução de um bem diferenciado; a habilidade de garantir a fidelização da clientela pela oferta da experiência diferenciada (concorrência monopolística); a possibilidade de aumentar mark-up e dividir os ganhos com o consumidor, seja pela redução de custos, seja pela introdução de aprimoramentos no bem, tornam interessante tanto para comerciante, quanto para consumidor assegurar a concorrência também entre aqueles que trabalham com a mesma marca: chamada, por isso, de concorrência intramarca, ou intramarcas.

Essa liberdade não é plena, porém. A preservação do valor da marca pode conduzir a modelos de distribuição seletiva, à fixação de preços mínimos, ou de preços de revenda, assim como a sistemas de franquia que contrariam aquela lógica. Essas restrições ocorrem em situações nas quais o bem é colocado estrategicamente em um nicho de mercado, como é o caso dos bens de Veblen;

---

<sup>9</sup> Ver conceito de submercado em *FTC v. Staples, Inc.*, 970 F. Supp. 1066 (D.C. 1997) e em *Federal Trade Commission v. Whole Foods Market, Inc., et al.*, United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit 07-5276, Appeal from the United States District Court for the District of Columbia 07cv01021 (2008).

quando se pretenda evitar comportamento de carona entre os distribuidores e, por consequência, o subinvestimento que dele pode resultar; quando o valor que o consumidor confere à marca depende da equivalência da experiência com a compra (padronização do atendimento), ou da identidade do serviço (transferência de know-how); para eliminar problemas de informação imperfeita.

A precificação dos bens de luxo e os problemas de carona são condições bastante específicas e não se estendem a bens normais cujas despesas com publicidade sejam arcadas a montante pelo fabricante. Do mesmo, a preocupação em garantir a uniformidade da experiência do consumidor só costuma fazer sentido em mercados competitivos nos quais a uniformidade da experiência seja um grande ativo. A exceção costumam ser os mercados nos quais haja uma grande preocupação em reduzir a assimetria de informação do consumidor.

Aos serviços de loterias aplica-se, essencialmente, a preocupação com a assimetria de informação, que poderia ser remediada pela padronização da experiência, pelo investimento em tecnologia de segurança nos bilhetes e por esforços de transparência quanto à localização das agências autorizadas. Os maiores custos são impostos ao poder concedente, que terá de centralizar os investimentos em tecnologia e transparência.

A padronização, por não ter por escopo garantir uma experiência pela qual o apostador não tem particular afeição, visando, apenas, coibir as vendas de jogos por quem não é autorizado, alinha os incentivos entre o poder concedente -- que a fomenta com o objetivo de preservar o controle sobre a rede autorizada -- e a rede de permissionários e autorizados, que a acolhe porque, ao diferenciá-la visualmente, afasta a competição intramarcas por quem não foi autorizado a operar. Por subseqüente, a padronização, isoladamente, não deve exigir a imposição de

restrições concorrenciais por parte do poder concedente, como a exclusividade, pois, até mesmo pelo fato de os incentivos entre outorgante e outorgada estarem alinhados, a exclusividade em nada contribui para reduzir a assimetria de informação.

Além das mencionadas preocupações com falhas de mercado, os serviços lotéricos encontram, enquanto serviços públicos, restrições de preço: para cima, por conta do princípio da modicidade dos preços dos serviços públicos; para baixo, por conta da imposição legal de arrecadar para poder financiar gastos sociais. Diversamente daquelas, tais preocupações com o preço não limitam de forma substancial a concorrência, pois, além de não ser impeditiva da competição por qualidade, é possível introduzir, como veremos adiante, uma regulação de incentivos por bandas de preços.

Por fim, a concorrência intramarcas guarda uma característica que a torna um importante termômetro da rivalidade no mercado: ao aumentar o número de atores com poder de decisão quanto à definição de preços e ao reduzir a uniformidade entre os bens comercializados, a concorrência intramarcas eleva o custo de coordenação e reduz o potencial de um alinhamento, ou cartel intermarcas. Em sentido inverso, quando o mercado é monopolizado, oligopolizado, ou quando a concorrência intermarcas não é vigorosa, o desenvolvimento da concorrência intramarcas é reputado essencial para conferir vigor ao mercado.

Essa característica garante uma presunção *iuris tantum*, ou relativa, de que, nas situações em que não se apliquem justificativas à limitação da concorrência intramarcas -- como é verdadeiro para os serviços de loterias, segundo discutimos parágrafos acima -, ela deveria ser aplicada como forma de elevar o bem-estar social.

A rivalidade intramarcas desenvolve-se por meio da competição entre distribuidores autônomos e, eventualmente, entre eles e o outorgante que exerça a mesma atividade. Para que autonomia seja uma realidade, é imperativo que se preencham pelo menos duas condições: que o distribuidor seja verticalmente desintegrado do produtor na cadeia produtiva e, ao mesmo tempo, não se vincule àquele por meio de acordos de agência. Além da necessidade de que o distribuidor tenha discricionariedade para determinar o preço de revenda, é imperativo que não se vincule a um modelo equivalente ao de franquia, de tal sorte que possa, também, oferecer uma experiência diferenciada ao consumidor. A limitação oferecida pelas franquias não é, porém, absoluta: como vimos acima, a concorrência intramarcas é compatível com um modelo que exija identidade visual, mas não coíba a oferta de serviços acessórios claramente identificados com outra marca.

**Figura 1. modelo de agência**

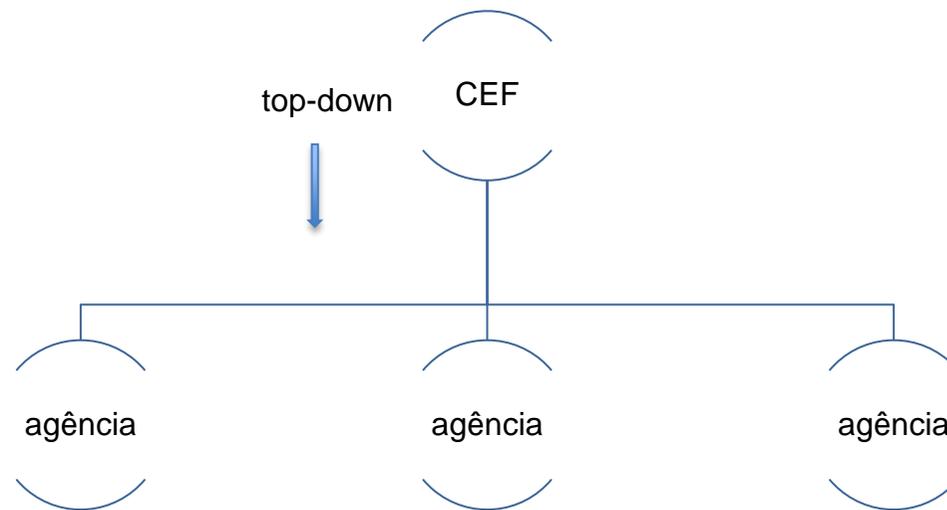
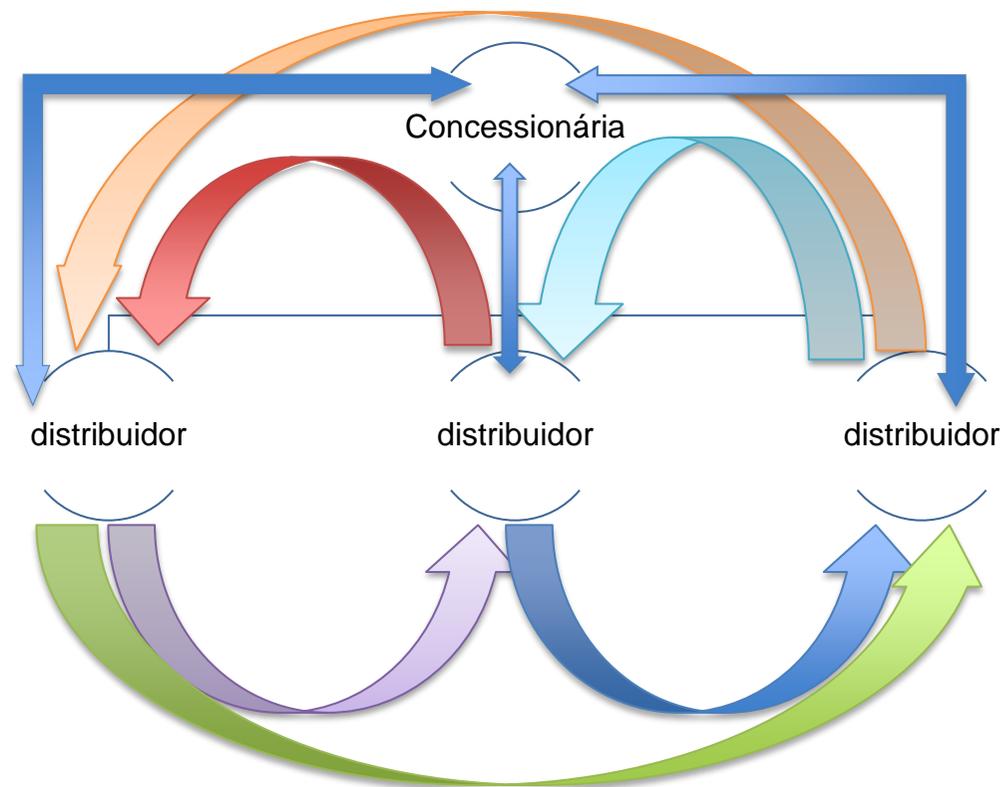


Figura 2. modelo de distribuição: competição entre distribuidores e dos distribuidores com a concessionária



## 7. A concorrência traz benefícios

Uma vez ausente um arcabouço regulatório consistente de responsabilidade social corporativa que reja o *modus vivendi* da Caixa Econômica Federal, da concessionária da Lotex e das permissionárias e autorizadas (de serviços conexos), mas identificada a presença de princípios de ética corporativa na legislação que originalmente disciplinou a sua existência -- Decreto-Lei nº 6.259, de 10 de fevereiro de 1944 e Decreto-Lei nº 759, de 1969 -, parece-nos imperativo aprimorar o modelo para que incorpore as melhores práticas corporativas e abrace conceitos que incentivem a ética empresarial e a eficiência de mercado.

De maneira geral, as melhores práticas recomendam regras de governança corporativa e de *compliance* concorrencial e anticorrupção. Por um lado, a governança corporativa é prática voltada para estruturas societárias mais robustas, seja em razão dos custos envolvidos, seja pela sua natureza de lidar com as complexas relações dos órgãos societários. Nessa linha, as regras de governança corporativa dependem, primeiro, do surgimento de estruturas societárias mais complexas no modelo lotérico brasileiro. Para tanto, é necessário, primeiro, que alcancemos unidades lotéricas mais eficientes e com amplos incentivos a diversificar.

Dado o estágio prematuro do mercado para que a preocupação seja direcionada à governança corporativa, parece-nos que, em primeiro plano, reside a necessidade de criar um mercado mais competitivo – em particular por reconhecermos que a

concorrência é a medida mais efetiva para, além de elevar a eficiência econômica, também afastar a corrupção. Isso ocorre porque, quanto mais atomizado o mercado e quanto maior a facilidade de entrada, maiores serão os custos de transação e menor a capacidade de concertar estratégias.

A introdução da concorrência intramarcas é o passo mais relevante para o mercado, pois, nesse nível, a autonomia para inovar e diferenciar o produto, ou serviço é máximo. Todo agente econômico tem como fim último monopolizar o mercado, para poder definir as condições, inclusive de preço, que lhe são mais favoráveis. Quando se fala em monopólio, não se faz referência, necessariamente, à estrutura de mercado em que *consistentemente* falta concorrência, mas a qualquer situação, ainda que *provisória*, em que aquele agente econômico é o único no mercado a oferecer um dado produto, ou serviço, sem substitutos próximos.

Essa dominância pode decorrer tanto de uma inovação – tantas vezes garantida por um direito de propriedade intelectual que assegure a escassez de forma artificial -, de um acordo entre concorrentes – em que a definição das condições do mercado é compartilhada, mas favorável a quem tenha maior poder de mercado -, ou de razões de estruturais, ou legais que confirmem àquele mercado a condição de monopólio.

No primeiro caso, a duração do monopólio depende do quão curto é o ciclo tecnológico daquela inovação: mesmo dispondo da proteção de direitos de propriedade intelectual, um bem raramente passa muito tempo sem que seja desenvolvido um produto, ou serviço melhor, ou equivalente pela concorrência. Ou seja, o monopólio conquistado pela maior eficiência – aquele que é protegido pelo art. 36, §1º da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2018 – tende a ser breve e a

incentivar que o monopolista não se sinta em uma posição confortável e, por subsequente, a que continue a inovar para manter-se na liderança<sup>10</sup>.

O segundo caso pode envolver tanto acordos lícitos, ou *joint ventures*, quanto colusões ilícitas, ou cartéis. Em qualquer caso, a sensação de monopólio é ilusória: o controle das condições de mercado é compartilhado e instável.

O terceiro caso é aquele que melhor retrata a situação do monopolista: os monopólios legal e natural conferem ao monopolista a expectativa de uma prolongada proteção contra a concorrência. Mas mesmo essa sensação é enganosa. Como o avanço tecnológico e a redução dos custos de produção e de distribuição, setores tradicionalmente considerados monopólios naturais têm sido incomodados pela concorrência advinda do acesso regulado (regulações de compartilhamento de acesso)<sup>11</sup> e ameaçados pela redução dos custos de entrada ensejada pela tecnologia. Do mesmo modo, os monopólios legais estão sob regulações de incentivos – *yardstick competition*, fator X – que incentivam o agente econômico a comportar-se como se estivesse em um mercado competitivo. Mais do que isso, estão sujeitos a novos modelos de negócios disruptivos que desafiam a regulação existente por meio da desobediência civil<sup>12</sup>.

Se o monopólio tende a não ser muito frequente, e, como visto, costuma ser transitório, a forma mais comum e duradoura de funcionamento de uma empresa é por meio da concorrência monopolística. A concorrência monopolística encerra o conceito de uma unidade que, embora ofereça o mesmo produto, ou serviço, consegue diferenciá-lo a tal ponto a ofertar uma experiência diferenciada ao consumidor. E essa diferenciação da experiência, por ser sentida e valorizada pelo

---

<sup>10</sup> SCHUMPETER (2003).

<sup>11</sup> Caso da tecnologia over-the-top, que concorre com serviços de telecomunicações em ligações de voz e mensagens e com serviços de comunicações em streaming.

<sup>12</sup> Caso de aplicativos de streaming e de carona.

cidadão-consumidor, cria uma fidelidade maior daquele à marca que pode ser medida pela capacidade de elevar preços, sem perder clientela (elasticidade-preço).

Se a homogeneidade do produto é aquilo que nivela os concorrentes, a diferenciação é aquilo que aproxima a concorrência monopolística do monopólio. Se, como antecipamos, monopolizar é o grande objetivo de qualquer agente econômico, o empresário médio terá todo interesse em diferenciar o seu produto para atrair maior clientes se, com isso, conseguir ter maior controle sobre o preço e, portanto, sobre a sua receita. Como regra, é a capacidade de aumentar o seu mark-up que conduz o agente econômico para a diferenciação do seu produto, ou serviço.

Como antecipado, a autonomia para diferenciar o bem ofertado é máxima na concorrência intermarcas. Apesar disso, a concorrência intramarcas pode, a depender das regras do jogo (*modus vivendi*), franquear um grau suficientemente elevado de autonomia ao empresário que lhe permita diversificar o seu negócio e, assim, permita elevar o seu mark-up.

Apesar de não poder alterar a substância do negócio originário, o negócio derivado pode desenvolver uma ampla gama de melhorias que aprimorem a experiência do consumidor. A digitalização, a entrega em domicílio, a simplificação, a redução de custos, a mobilidade, a comoditização, a agregação de serviços, a oferta de brindes e prêmios, a ambientação, o atendimento especializado são apenas algumas formas bastante comuns de agregar valor ao bem ofertado. A agregação de valor não fará sentido, porém, se o empresário não contar com uma margem para ganhar em função da fidelização dos clientes.

O interesse em aprimorar a experiência pode somente fazer sentido se o empresário tiver a convicção de que terá discricionariedade para cobrar pelo valor agregado. Em alguns casos, a necessidade de investimento pode implicar a

necessidade de majorar preços. Em outros casos, acontece o contrário: o processo de simplificação só faz sentido se, ao reduzir custos, o empresário puder repassar parte dessa redução para os consumidores, angariando clientela e aumentando o fundo de comércio.

A liberdade de preços não precisa ser plena. No caso das loterias, dada a necessidade de garantir uma arrecadação mínima e por conta do objetivo de não elitizar as apostas, é possível, como antecipado, introduzir bandas de preços e fazer constar de cada bilhete os preços sugeridos.

Note-se que, ao introduzir bandas de preços para cada produto, ainda se resguarda a habilidade de definir bandas mais amplas para produtos, ou serviços cujos consumidores sejam menos elásticos aos preços: isso permite, ao mesmo tempo, arrecadar mais e coibir o consumo excessivo (*overconsumption*). Muito embora os preços já sejam, hoje, definidos de forma individualizada para modalidade lotérica, a presença da banda confere maior flexibilidade para ajustar o valor da oferta, dinamicamente, conforme a elevação, ou a queda da demanda. Como as apostas são bens supérfluos, mas cujas receitas são utilizadas em mercados de bens meritórios, o ajuste dinâmico leva à situação ganha-ganha em que os preços serão elevados quando o consumo for excessivo (lei da oferta e da demanda), restringindo-o, e reduzidos quando a demanda for baixa, estimulando o consumo em estágio subótimo sob o ponto de vista fiscal para níveis que ainda sejam considerados adequados sob o ponto de vista da saúde pública e fiscal.

Os quadros abaixo mostram os efeitos esperados para cenários de liberdade de preços e de preços fixos:

**Tabela 2. Efeito da liberdade de preços sobre consumo e arrecadação**

Consumo	Comportamento do preço	Efeito sobre apostas	Arrecadação
excessivo	sobe	desestimulante	equilíbrio dinâmico
subótimo	cai	estimulante	equilíbrio dinâmico

**Tabela 3. Efeito do tabelamento de preços sobre consumo e arrecadação**

Consumo	Comportamento do preço	Efeito sobre apostas	Arrecadação
excessivo	fixo	estimulante	elevação
subótimo	fixo	desestimulante	queda

Como se pode notar, a fixação de preços tem um efeito inercial indesejado sobre o consumo, levando a que ele se mantenha em patamares subótimos, ou excessivos.

O efeito arrecadatário é, também, negativo. Ao evitar que os preços fossem reajustados com base na variação da demanda, os preços fixos impedem que o varejista monopsonista altere os seus preços de forma a maximizar os seus ganhos. É interessante notar que, mesmo quando os preços fixos mais baixos estimulam o consumo, a arrecadação tende a ficar em patamares subótimos para o ofertante, pois não leva em consideração os níveis de preço que por ele seriam praticados, nos quais uma eventual queda da demanda seria mais do que compensada pela elevação dos preços. Em sentido inverso, quando há liberdade (administrada) de preços, o ofertante terá liberdade para maximizar os seus lucros, ao mesmo tempo em que coíbe o excesso de consumo. Note-se: a liberdade (administrada) de preços alinha, de forma virtuosa, os incentivos a uma maior arrecadação e ao controle da aposta excessiva, que pode acentuar o problema do superendividamento e estimular o mercado negro da agiotagem.

Por assim dizer, a concorrência, inter e intramarcas, deve, sempre que possível, abarcar tanto a concorrência por preços, quanto a concorrência por qualidade.

## **8. Como viabilizar a proposta**

Para que o modelo de concorrência intramarcas possa ser viabilizado seria necessário, primeiramente, que houvesse uma alteração do standard jurídico e que a qualificação das loterias como serviços públicos fosse flexibilizada. A recente mudança do marco legal -- Decreto nº 9.327, de 2018, que restaurou a flexibilização

da concessão do serviço anteriormente prevista no Decreto-Lei nº 6.259, de 1944 -, para autorizar a concessão do serviço lotérico, representa uma alteração do status previsto no caput do art. 173 da Constituição Federal, que aborda a prestação do serviço público diretamente pelo Estado, para a situação prevista no art. 175, caput. Parece-nos que, a partir do Decreto nº 9.327, de 2018, haja maior conforto para que o Estado passe a incentivar a concorrência na prestação serviço -- seja em nível intermarcas, seja no nível intramarcas.

Cumprida essa fase, parece-nos que a nossa proposta seja factível, desde que cumpridas as seguintes etapas:

1. alterar Lei nº 12.869, de 2013, para eliminar necessidade de prévia e expressa autorização da outorgante para que o permissionário lotérico conjugue a sua atividade lotérica com outra atividade comercial;
2. substituição infralegal do modelo de agência pelo modelo de distribuição/revenda;
3. para cumprir a modicidade característica dos serviços públicos e, ao mesmo tempo, garantir a arrecadação necessária para investir em finalidades sociais relevantes: estabelecer, de forma infralegal, bandas de preços ou, sempre que possível, conferir liberdade de precificação, preservados os preços sugeridos no bilhete, para reduzir assimetria de informação para consumidor. Nesse caso, é recomendável manter o *dirty floating*, com o objetivo de intervir caso os preços sugeridos não sejam suficientes para preservar a modicidade dos preços;
4. eliminar da Lei nº 12.869, de 2013, a possibilidade de exclusividade (como forma de oferecer à sociedade serviços padronizados em todo o território nacional), a qual pode levar ao abuso do poder econômico;

5. não admitir qualquer restrição quantitativa de jogos por varejista, preservando incentivos a que ele faça descontos por volume;
6. alterar, de forma infralegal, a regra da comissão da permissionária, para que seja definida com base no preço sugerido, permitindo que os permissionários, ou autorizados mais lucrativos (por volume de vendas, ou por fidelização) se apropriem da maior eficiência;
7. alterar o parágrafo único do art. 41-A do decreto de estrutura do Ministério da Fazenda (Decreto nº 9.003, de 2017), o art. 1º, VII do anexo I ao regimento interno da Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria (Portaria nº 283, de 14 de junho de 2018) e o parágrafo único do art. 1º do anexo I ao regimento interno da Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (Portaria nº 282, de 14 de junho de 2018), para incluir, expressamente, a competência da Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria para tratar de aspectos concorrenciais dos mercados de loterias;
8. equipar o regulador com estrutura adequada para fiscalizar eletronicamente o cumprimento das obrigações e a promover a atualização, em tempo real, da rede autorizada a funcionar.

Apesar de este trabalho se voltar para promover a concorrência intramarcas, é imperativo reconhecer que essa concorrência será tanto maior quanto mais efetiva for a concorrência intermarcas. Por esse motivo, sugerimos a alteração do Decreto nº 9.327, de 2018, com o fim de flexibilizar o controle que o Estado terá sobre a definição do plano de distribuição e permitir maior controle do concessionário -- e possíveis autorizados -- sobre as regras que definam a quantidade e o preço das apostas, bem como a quantidade e o valor dos prêmios (art. 4º).

## **9. A concorrência intramarcas aumenta a diversidade e a eficiência econômica**

Como esclarecido ao longo deste trabalho, a concorrência pode ser fomentada, ainda quando limitada a uma única marca. A denominada concorrência intramarcas depende, porém, a alteração do modelo top-down dos modelos de agência para a multiplicação dos centros de decisão dos modelos de distribuição.

O nível de concorrência no mercado pode ser administrado pelo regulador, levando em consideração a sua capacidade de fiscalização, mas, primeira e primordialmente, a necessidade de regular<sup>13</sup>. A migração para um modelo mais mercadológico depende do quanto o Estado pode migrar de um modelo de comando e controle para modelos de incentivos e do quanto os motivos que ensejaram a concentração da atividade econômica nas suas mãos ainda se fazem presentes.

As recentes discussões acerca da legalização dos jogos de azar de forma ampla e da criação de uma agência reguladora sinalizam que o Estado entende que a regulação atual leva a uma *overdeterrence* e que, portanto, está-se privando a sociedade de um quociente elevado de bem-estar -- associado tanto à liberdade de jogar, quanto à aplicação dos recursos em mercados de bens meritórios. A proposta

---

<sup>13</sup> "A AIR [análise de impacto regulatório] não deve ser entendida como uma mera comparação entre alternativas de intervenção. Antes disso, a AIR deve buscar entender a natureza e a magnitude do problema regulatório, definir quais os objetivos pretendidos pela Agência e analisar se algum tipo de intervenção é de fato necessária. Somente após esta reflexão inicial, parte-se para a identificação e análise de possíveis alternativas de ação, de modo a permitir que a melhor escolha possível seja feita. Após o exame de todas as informações e considerações relevantes, a AIR pode inclusive indicar que não regular é a melhor alternativa possível." [Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais da Casa Civil (2018)]

que trazemos visa preparar o Estado para um mercado com maior rivalidade, maior arrecadação e maior variedade, aproximando a realidade do grau de competição desejável em uma economia em que a atividade econômica passa a ser exercida direta, ou indiretamente, pela iniciativa privada -- mesmo sem descuidar de que, hoje, a atividade ainda é exercida diretamente pelo Estado empresário.

Apesar do efeito potencialmente disruptivo, a implantação desse modelo depende de ajustes formais pouco intrusivos, que podem ser implantados até mesmo de forma escalonada. A mais relevante mudança, consubstanciada na liberdade administrada de preços e na liberdade de apresentação do negócio, depende de decisão infralegal a ser tomada no âmbito do Ministério da Fazenda, por ato do Secretário de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria favoravelmente à transição de um modelo de agência para um modelo de distribuição. O mesmo vale para a alteração do valor da contribuição do permissionário e, de certo modo, para exclusividade -- que, apesar de prevista em lei, consiste em faculdade que pode não ser exercida pela outorgante.

## 10. Referências

BARBOSA, Fabiano Jantalia. Marco Regulatório das Loterias no Brasil: reflexões sobre o presente e contribuições para o futuro. Monografia vencedora do 1º prêmio Seae de Loteriais. Disponível em <[http://esaf.fazenda.gov.br/assuntos/pesquisas-e-premios/premio-seae/copy\\_of\\_premio-seae-de-loterias-2017/t1-1-l-fabiano-026.pdf](http://esaf.fazenda.gov.br/assuntos/pesquisas-e-premios/premio-seae/copy_of_premio-seae-de-loterias-2017/t1-1-l-fabiano-026.pdf)>.

Acesso em 23 de setembro de 2018.

BECKER, Gary S. Crime and Punishment: An Economic Approach, *Journal of Political Economy*, março/abril de 1968 (número 76), PP. 169-217.

CALABRESI, G.; MELAMED, A. D.. Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral, *85 Harvard Law Review* 1089 (1972).

FIEDLER, Ingo. Online Gambling as a Game Changer to Money Laundering? (April 30, 2013). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2261266> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2261266>

GODINHO, J. A. F., The Prevention of Money Laundering in Macau Casinos (May 12, 2013). *Gaming Law Review and Economics*, Volume 17, Number 4, 2013. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2263202> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2263202>

MELLO, J. M. P. de; DUARTE, A. J. M.; TAUFICK, R.D.. Nota Técnica SEI nº 1/2018/ASSEC/SEPRAC-MF. Disponível em <<https://fazenda.gov.br/centrais-de>

conteudos/notas-tecnicas/advocacia-da-concorrencia/2018/nt-01\_2018.pdf>. Acesso em 23 de setembro de 2018.

OLIVEIRA, Luis Fernando Lima de. Semeando a Sorte: regulação econômica, tributação e estímulo à poupança no mercado lotérico brasileiro. Monografia premiada com o segundo lugar no 1º prêmio Seae de Loterias. Disponível em <[http://esaf.fazenda.gov.br/assuntos/pesquisas-e-premios/premio-seae/copy\\_of\\_premio-seae-de-loterias-2017/t1-2-l-luis-fernando-025.pdf](http://esaf.fazenda.gov.br/assuntos/pesquisas-e-premios/premio-seae/copy_of_premio-seae-de-loterias-2017/t1-2-l-luis-fernando-025.pdf)>. Acesso em 23 de setembro de 2018.

POLINSKY, Mitch. An Introduction to Law and Economics, 4ª edition. Wolters Kluwer: 2011.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica. São Paulo: Malheiros, 2001.

SHAVELL, S.. Foundations of Economic Analysis of Law, Harvard University Press. 2004. ebook.

SCHUMPETER, J. A.. Capitalism, Socialism & Democracy. Taylor & Francis e-Library: 2003.

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO FISCAL, ENERGIA E LOTERIA. Legislação sobre Loterias. Disponível em <https://www.fazenda.gov.br/aceso-a->

informacao/institucional/legislacao/legislacao-sobre-loterias. Acesso em 23 de setembro de 2018.

SUBCHEFIA DE ANÁLISE E ACOMPANHAMENTO DE POLÍTICAS GOVERNAMENTAIS DA CASA CIVIL. Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório. Fevereiro de 2018. Disponível em <<http://www.casacivil.gov.br/conteudo-de-regulacao/regulacao/consulta-publica/consulta-publica-001-2017/encerramento/guia-air.pdf/view>>. Acesso em 23 de setembro de 2018.

TAUFICK, Roberto Domingos. Nova Lei Antitruste Brasileira: avaliação crítica, jurisprudência, doutrina e estudo comparado. São Paulo: Almedina, 2017.

VILHENA, Carlos Alberto. Nota Técnica PGR/SRI nº 97/2017. Disponível em <[http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Nota\\_Tcnica\\_SRI\\_097\\_JogosdeAzar.pdf](http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Nota_Tcnica_SRI_097_JogosdeAzar.pdf)>. Acesso em 23 de setembro de 2018.