

PARECER Nº 572/2024 – ASSESSORIA JURÍDICA

PROCESSO ADMINISTRATIVO: 188/2024

ASSUNTO: INÍCIO DOS ESTUDOS PARA IMPLEMENTAÇÃO DO SERVIÇO MUNICIPAL DE LOTERIAS - LOTBEL

ORIGEM: COMISSÃO DE ESTUDOS

DESTINO: COMISSÃO DE ESTUDOS

I. RELATÓRIO

Contexto

O presente parecer destina-se à análise jurídica da legalidade do processo licitatório para concessão do serviço público de loterias, promovido pelo Fundo Municipal de Solidariedade para Geração de Emprego e Renda Ver-o-Sol, visando a contratação de particular para exploração desse serviço público específico. O Processo administrativo sob análise é o de número 188/2024

Objeto da Concessão

O objeto da licitação em questão é a concessão do serviço de loterias, que visa a “Outorga do serviço público de Loterias para exploração física e on-line/virtual, sob regime de concessão comum exclusiva, das modalidades lotéricas previstas em legislação Federal, em especial a Lei 13.756/18 e todas as demais que vierem a ser autorizadas pela União, a serem exploradas por conta e risco da CONCESSIONÁRIA, no município de Belém/PA, pelo prazo de 25 anos.”

Documentos

O processo encontra-se instruído com os seguintes documentos dentre outros:

- a) Documento de formalização de demanda;
- b) Despacho;
- c) Criação da Comissão de estudos
- d) Estudo Técnico Preliminar;
- e) Minuta de Edital de concorrência
- f) Anexos, contendo: Termo de Referência, Estudo de viabilidade Financeira, Mapa de Risco, Acordo de Níveis de Serviço, Reequilíbrio Econômico-Financeiro, Requisitos técnicos, Minuta de contrato de concessão
- g) Justificativa

Base Normativa Aplicável

Este parecer baseia-se nos preceitos das Leis Federais nº 14.133/2021, que dispõe sobre normas gerais de licitação e contratos administrativos, e nº 8.987/1995, que regula as concessões de serviços públicos. Além disso, são aplicadas outras normativas subsidiárias ao caso concreto, como leis municipais e regulamentos internos e/ou resoluções específicas.

II. FUNDAMENTAÇÃO

A presente manifestação jurídica tem o escopo de assistir a autoridade assessorada no controle prévio de legalidade, conforme estabelece o artigo 53, I e II, da Lei nº 14.133, de 2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos – NLLC):

Art. 53. Ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação.

§ 1º Na elaboração do parecer jurídico, o órgão de assessoramento jurídico da Administração deverá:

I - apreciar o processo licitatório conforme critérios objetivos prévios de atribuição de prioridade;

II - redigir sua manifestação em linguagem simples e compreensível e de forma clara e objetiva, com apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação e com exposição dos pressupostos de fato e de direito levados em consideração na análise jurídica.

Como se pode observar do dispositivo legal supra, o controle prévio de legalidade se dá em função do exercício da competência da análise jurídica da futura contratação, não abrangendo, portanto, os demais aspectos envolvidos, como os de natureza técnica, mercadológica ou de conveniência e oportunidade.

Em relação a esses, eventuais apontamentos decorrem da imbricação em questões jurídicas, na forma do Enunciado BPC nº 07, do Manual de Boas Práticas Consultivas da Advocacia-Geral da União:

Enunciado BPC nº 7

A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento.

De fato, presume-se que as especificações técnicas contidas no presente processo, inclusive quanto ao detalhamento do objeto da contratação, suas características, requisitos e avaliação do preço estimado, tenham sido regularmente determinadas pelo setor competente do órgão, com base em parâmetros técnicos objetivos, para a melhor consecução do interesse público.

O mesmo se pressupõe em relação ao exercício da competência discricionária pelo órgão assessorado, cujas decisões devem ser motivadas nos autos.

De outro lado, cabe esclarecer que não é papel do órgão de assessoramento jurídico exercer a auditoria quanto à competência de cada agente público para a prática de atos administrativos, nem de atos já praticados.

Incumbe, isto sim, a cada um destes observar se os seus atos estão dentro do seu espectro de competências. Finalmente, deve-se salientar que determinadas observações são feitas sem caráter vinculativo, mas em prol da segurança da própria autoridade assessorada a quem incumbe, dentro da margem de discricionariedade que lhe é conferida pela lei, avaliar e acatar, ou não, tais ponderações. Não obstante, as questões relacionadas à legalidade serão apontadas para fins de sua correção.

O seguimento do processo sem a observância destes apontamentos será de responsabilidade exclusiva da Administração.

Da Natureza Jurídica do Serviço de Loterias como Serviço Público

A exploração de loterias configura-se como serviço público passível de delegação, conforme precedentes jurisprudenciais e normativos. É responsabilidade do ente público, União/estados/municípios, regulamentar e explorar (direta ou indiretamente) os jogos de loteria, uma vez que se trata de atividade que envolve a arrecadação de receitas e a distribuição de prêmios, demandando regulamentação e fiscalização rigorosas.

Do Regime Jurídico da Concessão de Serviço Público

A concessão de serviços públicos, conforme a Lei nº 8.987/1995, é formalizada mediante contrato administrativo que delega ao particular, por sua conta e risco, a prestação do serviço público por prazo determinado, sujeitando-se a uma rigorosa supervisão estatal. No caso de concessões de loterias, cabe ao poder concedente definir claramente as regras de exploração, repasses de receita, e os critérios de segurança e transparência.

A contratação poderá ser levada a efeito pela modalidade escolhida, ou seja, CONCORRÊNCIA, conforme dispositivo abaixo transcrito da lei federal nº 8.987/95

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I...

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado

Desta forma, a modalidade escolhida para a licitação, está em conformidade com o exigido pela legislação e bem delineada no Termo de Referência e demais anexos.

Além disso, reafirma o objetivo de arrecadação não tributária de receitas com o menor ou nenhum custo para a administração pública, haja vista que não há previsão de dispêndio de recursos públicos.

Fase preparatória

O artigo 18 e incisos da Lei nº 14.133/2021 estabelece todos os elementos que devem ser compreendidos nos autos do processo de contratação pública, senão vejamos:

“Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de

que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos:

I - a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido;

II - a definição do objeto para o atendimento da necessidade, por meio de termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo, conforme o caso;

III - a definição das condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento;

IV - o orçamento estimado, com as composições dos preços utilizados para sua formação;

V - a elaboração do edital de licitação;

VI - a elaboração de minuta de contrato, quando necessária, que constará obrigatoriamente como anexo do edital de licitação;

VII - o regime de fornecimento de bens, de prestação de serviços ou de execução de obras e serviços de engenharia, observados os potenciais de economia de escala;

VIII - a modalidade de licitação, o critério de julgamento, o modo de disputa e a adequação e eficiência da forma de combinação desses parâmetros, para os fins de seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, considerado todo o ciclo de vida do objeto;

IX - a motivação circunstanciada das condições do edital, tais como justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto, e de qualificação econômico-financeira, justificativa dos critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas, nas licitações com julgamento por melhor técnica ou técnica e preço, e justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio;

X - a análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual;

XI - a motivação sobre o momento da divulgação do orçamento da licitação, observado o art. 24 desta Lei.”

O Estudo Técnico Preliminar é o documento que compõe a primeira etapa do planejamento da contratação, caracterizando o interesse público envolvido e dando base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados, caso se conclua pela continuidade do processo de contratação.

Quando elaborado de forma correta, o ETP pode reduzir o risco de a Administração contratar algo que seja inviável tecnicamente, economicamente e ambientalmente, ou que não atenda, de maneira adequada, às necessidades do órgão ou

entidade. Uma das inovações trazidas pela Lei 14.133/2021 é a obrigatoriedade, em regra, do Estudo Técnico Preliminar em todas as modalidades licitatórias na fase preparatória.

Assim é possível concluir que no caso concreto ora apreciado, além da presença do ETP, existe ainda nos autos Projetos e Planilha Orçamentária suficientes para a aferição dos padrões de desempenho e qualidade e alocação de riscos, requisitos presentes lei vigente.

Desta forma, é possível aferir claramente que os autos do processo se encontram devidamente instruído, atendendo as exigências mínimas legais, ficando evidenciada a solução mais adequada para atendimento da necessidade pública.

Da Legalidade e Da Adequação do Edital de Licitação

Com base na análise do edital e Anexos do processo em questão, verifica-se que o instrumento convocatório não possui cláusulas restritivas à competição, posto que, como condição para participar do certame, o Edital exige apenas, os documentos de habilitação previstos nos Artigos 62 e seguintes da Lei Federal nº 14.133/21.

De acordo com as Minutas analisadas, é possível concluir que os requisitos de habilitação exigidos no Edital são adequados e está em sintonia com a Lei, uma vez que, as exigências habilitatórias não ultrapassaram os limites da razoabilidade, além de não ter sido permitido o estabelecimento de cláusulas desnecessárias e restritivas ao caráter competitivo, de modo que, as comprovações dos requisitos de habilitação restringiram-se apenas ao necessário para o cumprimento do objeto licitado.

Além disso, as condições e requisitos fixados no Edital encontram guarida nas prescrições legais previstas no artigo 25, da lei de licitações. A Minuta do Contrato previu também as cláusulas essenciais, consoante disposto na Lei nº 14.133/21, em especial, no que tange as condições e prazos para fornecimento do objeto, expressas em cláusulas que definem os direitos, as obrigações e as responsabilidades das partes, em conformidade com os mandamentos legais previstos nos Artigos 89 e seguintes, da Lei nº 14.133/21.

Em síntese, após analisar as disposições fixadas nas Minutas, constatamos que as mesmas estão em completa harmonia com as normas e regramentos consignados na Lei nº 14.133/21, em face da ausência de condições ou requisitos que possam comprometer ou frustrar a licitude e a competitividade do certame trazendo clareza aos critérios de julgamento e mecanismos de transparência.

Da publicidade dos atos no PNCP

É cediço que o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é sítio eletrônico oficial destinado à:

I – divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos por esta Lei;

II – realização facultativa das contratações pelos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos, conforme disposto no artigo 174, da Nova Lei.

Percebemos que a Nova Lei se trata de norma geral, aplicável, por disposição expressa normativa, para todos os entes federados. Desse modo, podemos concluir que,

com a sanção da Lei nº 14.133/2021, o veículo oficial de divulgação dos atos relativos às licitações e contratações públicas passa a ser o Portal Nacional de Contratações Públicas.

Diante disso, entendo que o relevante interesse público é que ocorra efetivamente a publicação dos instrumentos convocatórios e dos extratos dos contratos, cumprindo dessa forma o princípio constitucional da publicidade. Destacamos também que, após a homologação do processo licitatório, é obrigatória a disponibilização no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) dos documentos elaborados na fase preparatória que porventura não tenham integrado o edital e seus anexos, conforme determina o art. 54, §3º, da Lei nº 14.133, de 2021.

III. CONCLUSÃO

Ante o exposto, e considerando as disposições das Leis Federais nº 14.133/2021 e nº 8.987/1995, conclui-se que o processo licitatório para concessão do serviço público de loterias, promovido por Fundo Municipal de Solidariedade Para Geração de Emprego e Renda Ver-o-Sol, **encontra-se em conformidade com a legislação aplicável**. Recomenda-se, portanto, a continuidade do processo licitatório com vistas à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, garantindo transparência, competitividade e segurança jurídica.

Belém-PA, 14 de novembro de 2024.

Lucas da Costa Dantas

Assessor Jurídico-FVOS