

*Edital de Chamamento Público N.º 004/2021*

**CONFIDENCIAL**

*Produto Final I*

Análise jurídico-regulatória

## CADERNO I – ANÁLISE JURIDICO REGULATÓRIA

### Sumário

I. Introdução .....	3
II. Leis e Regulamentos Aplicáveis .....	3
III. Análise dos Aspectos Legais e Normativos – Análise Jurídica Institucional, Legal e Regulatória .....	4
1. Possibilidade e legalidade da exploração do serviço de loterias pelos estados membros – A decisão do supremo tribunal federal no julgamento das ADPF'S 492 e 493 e na ADI 4986 .....	4
2. Quais jogos lotéricos podem ser explorados pelos Estados membros? .....	8
3. Diretrizes regulatórias - Da regulamentação, pela legislação estadual, da exploração das loterias .....	10
IV. Detalhamento das Finalidades Públicas a serem atendidas: disciplina normativa e função social.....	12
V. Opções Regulatórias, Modelagens Jurídicas e Formas de Contratação.....	13
1. Modalidades possíveis de delegação do serviço público de loterias.....	13
2. A estruturação da concessão levando-se em consideração os Cenários "A" e "B".....	17
3. Diretrizes gerais na concessão comum.....	23
4. Modalidade de licitação .....	24
4.1. Do procedimento licitatório.....	26
VI. Dos Consórcios .....	30
VII. Prazo e Valor Estimado do Instrumento Contratual .....	32
VIII. Da Garantia .....	33
IX. Detalhamento de Responsabilidades e Riscos .....	34
1. Análise SWOT .....	34
2. Matriz de Riscos .....	36
3. Responsabilidade .....	39
X. Hipóteses de Infração e Sanções Aplicáveis .....	42
XI. Aspectos Tributários Relacionados ao Modelo de Contratação ...	45
1. Imposto de Renda Retido na Fonte .....	46
2. Imposto Sobre Serviços – ISS .....	49
XII. Mecanismos de Regulação e Fiscalização do Contrato .....	50

XIII. Diretrizes para Elaboração das Minutas de Edital e Contrato ...	53
XIV. Orientação e Subsídio para Tomada de Decisão .....	54

## **I. INTRODUÇÃO**

O presente Procedimento de Manifestação de Interesse, instaurado pelo Edital de Chamamento Público nº 004/2021 do Estado de São Paulo, pela Secretaria de Projetos, Orçamento e Gestão (SEPOG) e pela Secretaria da Fazenda e Planejamento (SEFAZ), tem como objeto a apresentação de estudos/projetos de viabilidade que proponham formas de execução do serviço público de exploração loterias e jogos estaduais, no âmbito do Estado do São Paulo.

Para tanto, procurou-se observar não só a legislação pátria, como a doutrina e precedentes jurisprudenciais que demonstram o caminho mais propício à consecução do interesse público.

Conforme disposto na Cláusula 4ª, do Edital supracitado, o presente Estudo deve considerar dois cenários de delegação do serviço público de loteria, sendo o “Cenário A” aquele cuja prestação se dá de forma exclusiva, entendida a exclusividade como a ausência de contratação, pelo Estado de São Paulo, de outra empresa para a exploração das mesmas modalidades lotéricas.

O “Cenário B”, por sua vez, considera a ausência de exclusividade na prestação dos serviços, o que consideramos, para efeitos do serviço a ser delegado, como a possibilidade de subconcessão especificamente para uma das modalidades lotéricas.

## **II. LEIS E REGULAMENTOS APLICÁVEIS:**

- Constituição Federal de 1988;
- Lei nº 8.987/95;
- Lei nº 14.133/21<sup>1</sup>;
- Lei nº 9.074/95;

---

<sup>1</sup> Em virtude do comunicado SDG nº 31/21, veiculada em 17/06/2021, em que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo recomenda a utilização da Nova Lei de Licitações e Contratos na elaboração de licitações e contratos, em detrimento da Lei nº 8.666/93.

- Lei nº 8.212/91, sobretudo art. 31;
- Lei nº 8.443/92, sobretudo art. 16;
- Lei nº 6.404/76, sobretudo art. 278;
- Lei nº 11.107/2005;
- Lei Estadual nº 17.386/2021.

### **III. ANÁLISE DOS ASPECTOS LEGAIS E NORMATIVOS – ANÁLISE JURÍDICA INSTITUCIONAL, LEGAL E REGULATÓRIA**

#### **1. Possibilidade e legalidade da exploração do serviço de loterias pelos estados membros – A decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADPF'S 492 e 493 e na ADI 4986**

Com o escopo de analisar um dos principais aspectos que poderiam ser levantados como “incerteza” e “risco” para a exploração dos jogos lotéricos objeto da PMI, é importante discorrer sobre a plena possibilidade da exploração de loterias pelos Estados Membros, tendo em vista a recente consolidação do entendimento acerca de tal questão no Brasil.

O ordenamento jurídico pátrio, durante a primeira metade do século passado, trazia expressa a possibilidade de exploração de loterias tanto pela União Federal quanto pelos Estados membros.

Nesse sentido era o texto do Decreto n.º 21.143/32 que, em seu art. 20, assim preceituava:

Art. 20. São consideradas como serviço público as loterias concedidas pela União e pelos Estados.

Posteriormente, tal legislação veio a ser substituída pelo Decreto-Lei n.º 2.980/41, que manteve a possibilidade de exploração da loteria pelos Estados membros, facultando, inclusive, a concessão de tal serviço:

Art. 1º O serviço de loteria, federal ou estadual, executar-se-á, em todo o território do país, de acordo com as disposições do presente decreto-lei.

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

A tradição legislativa até então vigente foi quebrada com a edição do Decreto-Lei nº 204/67, que considerou a exploração de loterias um serviço público exclusivo da União Federal e ainda vedou a criação de novas loterias estaduais, porém deixou clara a legalidade da continuidade das atividades das loterias estaduais já instituídas antes de sua vigência:

Art 1.º. A exploração de loteria, como derrogação excepcional das normas do Direito Penal, constitui serviço público exclusivo da União não suscetível de concessão e só será permitida nos termos do presente Decreto-lei.

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

A Constituição Federal de 1988 concedeu tratamento diverso à questão, quando atribuiu à União Federal a competência privativa para LEGISLAR acerca de sistemas de consórcios e sorteios:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:  
(...) XX - sistemas de consórcios e sorteios;

Conforme resta muito claro do dispositivo constitucional acima colacionado, **não há vedação à exploração dos jogos lotéricos pelos Estados.**

Neste ponto, é imperioso ressaltar que, naquilo que concerne à competência material, a Constituição reservou competências expressas à União e aos Municípios e previu competências residuais aos Estados Membros, na forma prevista pelo Art. 25, §1º, *in verbis*:

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

Assim, a competência legislativa da União para regular o serviço reservado aos Estados Membros não envolveu a denominada competência material (de exploração).

Até mesmo porque, ao dispor acerca das normas sobre o financiamento da seguridade social, o art. 195, inciso III, da CF/88, assim dispõe:

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

[...]

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

Dando continuidade ao raciocínio, a Lei nº 8.212/91 ao regulamentar o artigo 195 da Constituição Federal consagrou a existência das loterias estaduais no §1º de seu artigo 26, que assim dispõe:

Art. 26. Constitui receita da Seguridade Social a renda líquida dos concursos de prognósticos, excetuando-se os valores destinados ao Programa de Crédito Educativo.

§ 1º **Consideram-se concursos de prognósticos todos e quaisquer concursos de sorteios de números, loterias, apostas, inclusive as realizadas em reuniões hípicas, nos âmbitos federal, estadual, do Distrito Federal e municipal.**

Conquanto a legislação fosse, então, muito clara no sentido de permitir a exploração de loterias pelos Estados, alguns questionamentos surgiram, por parte da União Federal, julgando-se detentora de monopólio na exploração de jogos lotéricos.

Foram então ajuizadas duas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental perante o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, as ADPF's 492 e 493, manejadas, respectivamente, pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro e pela Associação Brasileira de Loterias Estaduais, as quais vieram a ser julgadas em setembro de 2020, juntamente com a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.986, proposta pelo Procurador-Geral da República contra legislação do Estado do Mato Grosso, que versava acerca da loteria daquele Estado.

As ADPF's 492 e 493 foram julgadas procedentes para declarar que os arts. 1.º e 32 do Decreto Lei n.º 204/1967 – justamente aqueles retro citados que vedavam a exploração das loterias pelos Estados – não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988.

Curial transcrever trecho do voto de eminente Relator Ministro Gilmar Mendes, no qual ele apresenta suas conclusões acerca da questão:

Por fim, retomo brevemente as principais premissas e conclusões deste voto, com o intuito de esclarecer a *ratio decidendi*:

(i) A exploração de loterias ostenta natureza jurídica de serviço público (art. 175, caput, da CF/88), dada a existência de previsão legal expressa;

(ii) Os arts. 1º e 32 do Decreto-Lei 204/1967, ao estabelecerem a exclusividade da União sobre a prestação dos serviços de loteria, não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, pois colidem frontalmente com o art. 25, § 1º, da CF/88, ao esvaziarem a competência constitucional subsidiária dos Estados-membros para a prestação de serviços públicos que não foram expressamente reservados pelo texto constitucional à exploração pela União (art. 21 da CF/88);

(iii) A competência privativa da União para legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios (art. 22, inciso XX, da CF/88) não preclui a competência material dos Estados para explorar as atividades lotéricas nem a competência regulamentar dessa exploração. Por esse motivo, a Súmula Vinculante 2 não trata da competência material dos Estados de instituir loterias dentro das balizas federais, ainda que tal materialização tenha expressão através de decretos ou leis estaduais, distritais ou municipais.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, então, sepultou qualquer dúvida acerca da efetiva possibilidade de exploração das loterias pelos Estados membros, até mesmo porque a decisão supramencionada tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, nos termos do art. 10.º, §3.º, da Lei n.º 9.882/99:

Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.  
[...]



§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

Portanto, não há dúvidas acerca da possibilidade da exploração de loterias pelo Estado de São Paulo, de forma que essa questão não deve ser considerada um risco do procedimento.

## **2. Quais jogos lotéricos podem ser explorados pelos Estados membros?**

Assentada a questão da plena possibilidade da exploração de loterias pelos Estados membros, cabe perquirir então sobre quais as modalidades podem ser por eles exploradas.

A decisão paradigmática do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que consolidou o direito dos Estados membros de explorarem o serviço público de loterias, definiu uma limitação a esse direito.

Segundo o STF, é competência privativa da União Federal instituir as modalidades lotéricas que podem ser exploradas no País. Nesse sentido, importante transcrever o seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes:

"Tais normas estaduais, sejam leis ou decretos, apenas ofenderiam a Constituição Federal se instituíssem disciplina **OU MODALIDADE DE LOTERIA** não prevista pela própria União para si mesma, haja vista que, nessa hipótese, a legislação estadual afastar-se-ia de seu caráter materializador do serviço público de que o Estado (ou município, ou Distrito Federal) é titular, isto sim incompatível com o art. 22, XX, da CF/88."

Cabe então analisar quais as modalidades de loteria atualmente previstas na legislação federal para, aplicando-se o entendimento do STF, verificar aquelas que podem ser exploradas pelos Estados membros.

A Lei n.º 13.756/18, em seu art. 14, §1.º, enumera as modalidades lotéricas existentes no País:

§ 1º Consideram-se modalidades lotéricas:

- I - loteria federal (espécie passiva): loteria em que o apostador adquire bilhete já numerado, em meio físico (impresso) ou virtual (eletrônico);
- II - loteria de prognósticos numéricos: loteria em que o apostador tenta prever quais serão os números sorteados no concurso;
- III - loteria de prognóstico específico: loteria instituída pela Lei nº 11.345, de 14 de setembro de 2006;
- IV - loteria de prognósticos esportivos: loteria em que o apostador tenta prever o resultado de eventos esportivos; e
- V - loteria instantânea exclusiva (Lotex): loteria que apresenta, de imediato, se o apostador foi ou não agraciado com alguma premiação.

A Lei nº 13.756/18 ainda cria uma outra modalidade lotérica, denominada “apostas de quota fixa” quando, em seu art. 29 e §1.º, assim dispõe:

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

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

Como a lei supracitada foi editada antes da decisão das ADPF’s 492 e 493 pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, a indicação de que as “apostas de quota fixa” seriam exclusivas da União Federal deve ser desconsiderada, pois eivada da mesma inconstitucionalidade que maculou o art. 1.º do Decreto Lei nº 204/67.

Em linhas gerais, é certo que os Estados membros, atualmente, podem explorar as seguintes modalidades lotéricas:

- a) Loteria passiva, ou seja, aquela em que o apostador adquire bilhete já numerado, em meio físico (impresso) ou virtual (eletrônico);

- b) loteria de prognósticos numéricos, ou seja, loteria em que o apostador tenta prever quais serão os números sorteados no concurso;
- c) loteria de prognósticos esportivos, ou seja, loteria em que o apostador tenta prever o resultado de eventos esportivos, mas a premiação não segue a sistemática de quota fixa;
- d) loteria instantânea, ou seja, loteria que apresenta, de imediato, se o apostador foi ou não agraciado com alguma premiação; e
- e) apostas de quota fixa, que, na realidade, é também uma loteria de prognósticos esportivos, mas em que é definido, no momento de efetivação da aposta, quanto o apostador pode ganhar em caso de acerto do prognóstico;

Portanto, as modalidades acima, todas elas contempladas pelo âmbito de atuação fixado pelo acórdão do STF, são as que, através da presente PMI, recomenda-se sejam objeto de exploração pelo Estado de São Paulo.

### **3. Diretrizes regulatórias - Da regulamentação, pela legislação estadual, da exploração das loterias**

No julgamento das ADPFs 492 e 493, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL reconheceu a possibilidade de os Estados legislarem acerca das loterias, como forma de regulamentar o exercício da sua competência material de exploração de tais serviços. Nesse sentido, cita-se abaixo trecho da conclusão do voto do Ministro Gilmar Mendes:

Por outro lado, as legislações estaduais instituidoras de loterias, seja via lei estadual ou por meio de decreto, devem simplesmente viabilizar o exercício de sua

**competência material de instituição de serviço público titularizado pelo Estado-membro**, de modo que somente a União pode definir as modalidades de atividades lotéricas passíveis de exploração pelos Estados.

No mesmo sentido, é importante transcrever trecho do voto proferido em tal julgamento pelo Ministro EDSON FACHIN, que, valendo-se de lição doutrinária de Anna Cândida da Cunha Ferraz, afirmou que não se pode excluir, dos Estados, a atividade normativa:

“De igual modo, o art. 32, caput, e parágrafo primeiro, do referido Decreto, ao determinarem a impossibilidade de criação de novas loterias estaduais e restringirem as então existentes às quantidades de bilhetes e séries em vigor no ano de 1967, limitam a autonomia do Estado-membro para executar os autos de gestão necessários para a fruição de sua competência residual. Afinal, como assevera a professora Anna Cândida da Cunha Ferraz, as competências administrativas não excluem atividade normativa:

‘Embora se cogite, na espécie, de poder, de execução de atividade ou de encargo, as competências gerais não excluem atividade normativa precedente, emanada da própria esfera de poder. Assim, por exemplo, a prestação, pelo município, de serviços públicos de interesse local, inclusive o de transportes coletivos (art. 30, V), demandará, com certeza, legislação municipal disciplinadora dessa atividade local’ (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. União, Estados e Municípios na nova Constituição: enfoque jurídico formal. A nova Constituição paulista. São Paulo: Fundação Faria Lima, 1989).’.”

Ou seja, no exercício de sua competência material para explorar loteria, os Estados podem emitir normas regulando tal serviço público, desde que não criem modalidades não previstas na legislação federal.

Dentre as questões que podem ser normatizadas pelos Estados para no exercício da atividade lotérica, encontra-se a distribuição dos valores arrecadados, incluindo o montante destinado ao pagamento de prêmios (*payout*), a verba destinada ao operador lotérico e a distribuição da verba para a seguridade social.

Ou seja, o Estado de São Paulo pode regular a forma de distribuição do produto da arrecadação das loterias de forma absolutamente diversa daquela constante da Lei Federal n.º 13.756/18, tornando as loterias mais atrativas com o aumento do *payout*, por exemplo, conforme sugerido no presente estudo.

Tanto que o STF, na mesma ocasião em que julgou as ADPF's 492 e 493, apreciou também a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4986, e declarou constitucional a Lei nº 8.651/2007, editada pelo Estado do Mato Grosso, a qual, em seu artigo 4.º, dispõe sobre a destinação dos recursos arrecadados pela loteria local e não observa os percentuais fixados na legislação federal.

#### **IV. DETALHAMENTO DAS FINALIDADES PÚBLICAS A SEREM ATENDIDAS: DISCIPLINA NORMATIVA E FUNÇÃO SOCIAL**

Muito embora a loteria não seja um serviço público essencial, entendido como aquele indispensável ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, tem ela natureza de serviço público.

O especialista Brasil Fernandes<sup>2</sup>, ao analisar o tema, assim concluiu:

"A importância econômica e social das Loterias estaduais no Brasil é facilmente verificável e verificada, convivendo desde a sua criação, ou pelo menos desde o ano de 1844, com a Loteria da União (e da Corte com as Províncias), cujos objetivos foram e são sempre baseados em políticas públicas voltadas ao bem comum. Na Loteria, o apostador sempre ganha, seja ao receber eventual prêmio pelo acerto na aposta, ou simplesmente pela opção e contribuir com o valor apostado, cujo destino será o financiamento da Seguridade Social, definida no art. 194 da Constituição Federal, podendo ser estendido ao financiamento de políticas voltadas ao esporte, à cultura, à segurança pública e outras demandas de responsabilidade da Administração Pública."

---

<sup>2</sup> FERNANDES, Roberto Brasil. Direito das loterias no Brasil: conceitos e aspectos jurídicos. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 83.

Vê-se que há aderência entre o serviço público a ser delegado e o interesse público a ser alcançado, mostrando-se de suma importância a instauração e operação das loterias, uma vez que o valor que couber à Administração Pública será devidamente alocado em programas que beneficiem diretamente à coletividade.

Superada a controvérsia da possibilidade de exploração dos serviços de loteria pelos Estados, conforme exposto alhures, após decisão das ADPF'S 492 e 493 pelo Supremo Tribunal Federal, se mostra necessária a edição de decreto que discipline a exploração da atividade lotérica (ANEXO I) no âmbito do Estado de São Paulo, a qual poderá ser inspirada nos diplomas normativos vigentes que tratam do tema em espeque, sempre em conformidade com o disposto no art. 15, da Lei nº 17.386/2021:

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

No âmbito de tal norma serão tratados aspectos de competência, fiscalização, arrecadação e distribuição de receitas, modalidades lotéricas, entre outros que se fazem importantes à regulação do serviço de loterias no Estado. Com isso, o Poder Público alcança aquilo que é o objetivo primevo de sua atuação: a consecução do interesse público.

## **V. OPÇÕES REGULATÓRIAS, MODELAGENS JURÍDICAS E FORMAS DE CONTRATAÇÃO**

### **1. Modalidades possíveis de delegação do serviço público de loterias**

A escolha do melhor instituto jurídico para a estruturação de eventual projeto, tendo em vista as diversas modalidades admitidas pelo Direito Administrativo brasileiro, deve, necessariamente, considerar as vantagens econômicas, contratuais e institucionais que possam resultar desta ou daquela modelagem jurídica, de forma a garantir a melhor

gestão dos recursos e bens públicos e, sobretudo, ao interesse público. Sendo certo que a Administração Pública não pode inovar no que tange às licitações, o estudo se dá a partir da análise normativa de critérios compatíveis com o serviço a ser delegado.

a) **Parceria Público-Privada (PPP):** prevista na Lei nº 11.079/04, pode ser instituída de duas formas, quais sejam:

(i) **concessão administrativa,** tem como fundamento o contrato de prestação de serviços em que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta. Não há tarifa, tão somente uma contraprestação do Estado. Não parece esta ser a melhor modalidade a ser adotada na delegação ora tratada, vez que a prestação de serviços de loteria não enseja contraprestação pela Administração – e, por conseguinte, oneração do Estado –, ao ente particular que vencer o certame;

(ii) **concessão patrocinada,** envolve cobrança de tarifa aos usuários do serviço, mas esta não se faz suficiente para remunerar o concessionário, de modo que o contrato firmado prevê remuneração complementar pela Administração Pública. Ora, esta é a mesma situação da hipótese anterior, ou seja, o serviço de implementação/operação de loterias não enseja a necessidade de remuneração pelo Estado ao particular, pelo contrário, é este quem repassa parte do faturamento à Administração Pública. Vê-se, portanto, que as modalidades de PPP não se adequam à delegação do serviço em esboço.

b) **Permissão:** é a delegação a título precário da prestação de serviços públicos, por conta e risco do particular, que fica sujeito ao desfazimento do contrato pela Administração Pública sem que subsista qualquer direito à indenização por eventuais prejuízos. Tal modalidade implica em prejuízos ao processo de licitação, porque não permite a participação de consórcios de empresas, tão somente pessoa física ou jurídica.

É de se dizer que, em se tratando de implementação/operação de loterias, os altos valores contratuais ensejam a possibilidade de que o particular participe do certame na forma de consórcio empresarial, tornando o procedimento licitatório mais democrático e acessível. Dessa forma, não se considera possível a utilização da permissão, por inviabilizar a constituição de consórcios.

Outrossim, a precariedade da delegação realizada através da Permissão inviabiliza, do ponto de vista de segurança jurídica, a realização dos vultosos investimentos necessários pelo particular para a operação da loteria.

c) **Concessão Comum:** essa modalidade é regulada pela Lei nº 8.987/95, e comporta duas modalidades: (i) concessões de serviços públicos simples; e (ii) concessões de serviços públicos precedidas da execução de obra pública.

Somente a primeira modalidade interessa ao estudo em esboço, vez que a implementação/operação de loterias não implica em nenhuma obra preliminar.

A concessão de serviços públicos é a modalidade pela qual a Administração Pública transfere à pessoa jurídica ou a consórcio de empresas a execução de certa atividade de interesse coletivo, remunerada através do sistema de tarifas pagas pelos usuários.

Com efeito, se, de um lado, o negócio se inicia pelo ajuste entre o Poder Público e o concessionário, de outro dele decorrem outras relações jurídicas, como as que vinculam o concedente ao usuário e este ao concessionário. Importante é saber que na concessão de serviço público há uma tríptica participação de sujeitos: o concedente, o concessionário e o usuário.

Para BANDEIRA DE MELLO (2010), concessão é o instituto por meio do qual o Estado destina o exercício de um serviço público



a um particular que aceita prestá-lo por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob a garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, com a remuneração advinda da própria exploração do serviço e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço<sup>3</sup>.

Ademais, há a questão da temporalidade da prestação do serviço, característica que distingue as concessões das demais formas de delegação, por não haver prazo mínimo ou máximo constante da legislação pátria, sendo faculdade do Administrador Público sua quantificação, desde que haja justificação e aderência aos estudos de viabilidade financeira realizados para o serviço em questão.

Esse fato proporciona a estipulação de um prazo que proporcione o retorno dos investimentos realizados pelo concessionário para a operacionalização dos jogos lotéricos.

Por fim, deve ser descartada, no caso, a hipótese de a Administração Pública utilizar-se do Credenciamento para a delegação do serviço de loterias no Estado de São Paulo.

O credenciamento é "procedimento auxiliar das licitações e contratos"<sup>4</sup>, através do qual, diante da viabilidade e vantajosidade de contratações simultâneas, de forma padronizada, o Poder Público contrata tantos quantos forem os particulares habilitados.

No caso das loterias, conforme destacado anteriormente, a delegação a todo e qualquer particular habilitado pode resultar em problemas no que tange à fiscalização, eficiência e efetiva utilização das loterias pelos potenciais usuários.

---

<sup>3</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>4</sup> Foi assim tratada na nova Lei de Licitações (Lei n.º 14.133/2021).

Ademais, a existência de vários credenciados disputando o mercado de São Paulo pode “canibalizar” o mesmo, coarctando possíveis investimentos necessários para uma operação salutar do serviço e, prejudicando, em última análise, o próprio Estado, que auferirá uma receita menor.

Assim, entende-se inviável a adoção do credenciamento.

Colocadas as definições pertinentes, tem-se a título de conclusão, que a melhor forma de delegação do serviço público de loterias, no caso em apreço, é a concessão comum.

## **2. A estruturação da concessão levando-se em consideração os Cenários “A” e “B”**

Conforme asseverado anteriormente, foi solicitado, pelo Estado de São Paulo, fossem explorados, nos estudos realizados no âmbito esta PMI, dois cenários, denominados “A” e “B”, sendo o primeiro considerando a exclusividade na prestação dos serviços lotéricos e o segundo um regime não exclusivo.

Pois bem. O serviço de loterias, entendido como serviço público essencial – conforme será explicado em tópico posterior -, embora explorado pela União há muito, encontra diversos obstáculos em sua exploração pelos Estados, a despeito da sua legalização, no último ano, pelo Supremo Tribunal Federal.

É de se dizer, se considerarmos o “Cenário B” como a delegação a todo e qualquer participante que cumpra os requisitos habilitatórios, poderá ter-se-á a completa inviabilização da implementação e operação do serviço de loterias, pelos motivos a seguir exarados:

### **a) Dos prejuízos à Administração Pública:**

Com a multiplicidade de operadores – nesse caso tratada como abertura a **todos** os participantes habilitados -, surge para a Administração um imenso volume de situações a serem fiscalizadas. Isso não só aumenta a possibilidade de fraudes, como diminui a eficiência do serviço a ser prestado, que tem como corolário a sua continuidade.

Ademais, a fiscalização de diversos prestadores onera excessivamente ao Estado, na medida em que é uma obrigação a fiscalização, por servidor designado para tal atividade, ou por contratação de terceiro. Quanto mais prestadores estiverem operando no Estado, maior o gasto com a fiscalização, o que não é o objetivo da licitação de tal serviço, ao contrário, ela se presta à arrecadação de valores para custeio de ações voltadas à assistência social e à redução da vulnerabilidade social no Estado, em conformidade com o art. 15, da Lei nº 17.386/2021.

É importante ressaltar, também, na hipótese de inúmeros prestadores, o risco de ausência de fiscalização de um ou outro se torna maior. Tal situação é de extremo risco para a Administração Pública, em razão de que, havendo omissão na fiscalização, a responsabilidade passa de subsidiária para solidária, sem falar na responsabilização por tal omissão.

Ademais, é de suma importância, até mesmo para a credibilidade da operação, que os usuários vinculem a prestação do serviço delegado à figura do Estado, ou seja, o apostador deve identificar aquele jogo lotérico como uma oferta oficial do Estado de São Paulo, cuja arrecadação reverterá em benefícios para toda a população.

Essa percepção, diante de vários *players*, poderia se tornar um problema: uma fraude cometida por qualquer dos prestadores certamente macularia o nome e a atividade do lotérica delegada pelo Poder Público, diminuindo, por conseguinte, a utilização do serviço pelo cidadão e, consequentemente, a arrecadação de valores pelo Estado.

## **b) Dos prejuízos ao prestador do serviço:**

Conforme será tratado e vislumbrado nos demais Cadernos, o serviço de implementação e operação de loterias tem como característica a necessidade de investimentos vultuosos para que o serviço seja prestado com a eficiência necessária.

Além do mercado ilegal de jogos, que já dilapida a arrecadação do *player*, a multiplicidade de prestadores de serviço desencoraja a participação das empresas, uma vez que concorrendo com diversos outros prestadores, os rendimentos caem vertiginosamente, trazendo prejuízos financeiros, o que não ocorreria em um cenário de exclusividade.

### **c) Dos prejuízos ao usuário do serviço:**

É sabido que, diante do atual desenvolvimento do mercado de loterias no Brasil, não há, ainda, a chamada “cultura de jogos”. É de se dizer, o usuário precisa ser “educado” para os jogos a serem lícitos. Dessa forma, o usuário que tem uma experiência ruim – entendida, por exemplo, como o vencedor que não recebe seu prêmio - com um eventual mau prestador do serviço, facilmente deixará de apostar no futuro.

Diante dessas considerações, não é recomendável, mesmo no “Cenário B”, a ampla delegação de todas as modalidades lotéricas, razão pela qual a não-exclusividade ficaria restrita à modalidade de apostas de quota fixa por meio de “site”.

A sugestão, então, no caso do “Cenário B”, seria a seleção de um particular que receberia a concessão de todas as modalidades lotéricas e 3 (três) outros para os quais seria delegada a exploração da modalidade de apostas de quota fixa por meio de site.

**A delegação, portanto, ficaria assim estruturada em cada um dos cenários:**

**1.1. "Cenário A":** o modelo jurídico que mais se adequa à operacionalização do projeto é a concessão pública comum de todas as modalidades lotéricas legalmente previstas, divididas em 2 (dois) lotes – conforme quadro abaixo -, o primeiro deles englobando os jogos lotéricos para os quais a captação das apostas se dará de forma física; e o segundo englobando aqueles cuja captação das apostas ocorrerá de forma on-line/real time. Esse formato confere segurança tanto para o concessionário – pela ausência de precariedade, com a possibilidade de um prazo razoável para que as partes auferam aquilo que for estipulado -, quanto para o concedente, permitindo, por outro lado, maior controle e intervenção, sempre que se tornar necessário:

LOTE 1 – CAPTAÇÃO FÍSICA	LOTE 2 – CAPTAÇÃO ONLINE REAL TIME
<ul style="list-style-type: none"><li>• Loteria Passiva;</li><li>• Loteria Instantânea;</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Loteria de Prognósticos (numéricos/esportivos)</li><li>• Loteria Instantânea Online;</li><li>• Apostas de Quota Fixa</li></ul>

**1.2. "Cenário B":** conforme dito alhures, considerando a não exclusividade como característica basilar no presente cenário, entendemos que, para evitar prejuízos às partes, além da concessão pública comum de todas as demais modalidades, dividida em 2 (dois) lotes, na mesma forma descrita acima, seria utilizada a **subconcessão** exclusivamente no caso da modalidade de apostas de quota fixa, operada por meio de site, para a contratação de 3 (três) outros subdelegados, ou seja, no caso da modalidade de Apostas de Quota Fixa haveria 4 (quatro) contratados explorando o serviço lotérico.

Isso porque (i) a concessão ainda tem o caráter *intuitu personae*, e (ii) a adoção de modelos com mais de um delegado – excluído o modelo de credenciamento, tido como extremamente danoso à Administração Pública, ao prestador e ao usuário – deve ser tratada com cautela.

A Lei nº 8.987/95 é expressa quanto à autorização da subconcessão, o que está devidamente disposto no art. 26 do referido diploma normativo:

“Art. 26. É admitida a subconcessão, nos termos previstos no contrato de concessão, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente.

§ 1º A outorga de subconcessão será sempre precedida de concorrência.

§ 2º O subconcessionário se sub-rogará todos os direitos e obrigações da subconcedente dentro dos limites da subconcessão.”

Primeiramente, é importante diferenciar a subconcessão, que aqui nos interessa, da subcontratação, vez que são entendidos como instrumentos distintos nas relações administrativas.

A subcontratação se relaciona a uma terceirização, feita pela própria concessionária, para realização de atividades ligadas ao contrato de concessão anteriormente firmado e, entre concessionário e o terceiro há uma relação regulamentada pelo Código Civil.

De outro lado, a subconcessão tem a mesma natureza pública do contrato de concessão anteriormente firmado. Ou seja, o contrato administrativo de subconcessão se faz à imagem da concessão a que se vincula, com a transferência parcial a um terceiro, nos moldes da Lei nº 14.133/21. Justamente por isso, a subconcessão se mostra a melhor forma de concretizar o “Cenário B”.

Dito isso, importante trazer pontos relevantes da subconcessão. Em primeiro lugar, tal modalidade implica em (i) autorização do Poder Concedente, (ii) previsão editalícia e contratual, (iii) prévia licitação, na modalidade de concorrência.

Consumadas tais hipóteses, tem-se a transferência da gestão de parte do serviço concedido a um terceiro, que cumpra os

requisitos habilitatórios jurídicos, fiscais, financeiros e técnicos, referentes à parcela contratual que lhe for delegada.

Nos mesmos moldes de uma concessão, ao particular é conferida autonomia para a gestão do serviço, mas, de outro lado, faz com que também sejam transferidos os riscos de diferentes ordens.

O expert em Direito Regulatório, Rafael Vêras<sup>5</sup>, acerca do tema, assevera que:

"A subconcessão, por fim, se caracteriza pela transferência de parcela do plexo de direitos e deveres decorrentes relação concessória do concessionário para outrem. Porém, nessa modalidade de contratação, o concessionário original mantém-se responsável pela qualidade e pelo desempenho da sua obrigação, apesar da transferência de parcela do objeto concedido para terceiros. **Razão pela qual, neste módulo contratual, instala-se uma relação direta entre o poder concedente e o subconcessionário**, relação esta que deve ter o restrito propósito de assegurar o cumprimento do regulamento da concessão, notadamente no que toca às obrigações de continuidade, universalização, adequação e modicidade tarifária."

Veja que, ao contrário das demais modalidades de subcontratação, cessão de direitos, entre outras, a subconcessão tem como característica a relação direta entre Poder Concedente e Subconcessionário, o que, levando em consideração o objeto do presente Estudo, se mostra vantajoso, sobretudo à Administração, que poderá fiscalizar o Subconcessionário como se Concessionário fosse.

Nesse sentido, Arnold Wald, Luiza Rangel de Moraes e Alexandre Wald<sup>6</sup> afirmam que:

"O instituto da subconcessão, diversamente do que ocorre na subcontratação, é regido pelo direito público, estabelecendo-se a relação jurídica entre o

---

<sup>5</sup> FREITAS, Rafael Vêras de. A subconcessão de serviço público. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 5, n. 10, p. 75-101, jul./dez. 2016.

<sup>6</sup> WALD, Arnold; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de Moraes. O direito de parceria e a Lei de Concessões: análise das Leis nº 8.987/95 e 9.074/95 e legislação subsequente. São Paulo: Saraiva, 2004.

subconcessionário e o Poder Concedente, na medida em que está, por força de lei, sub-rogado nos direitos e obrigações da subconcedente, nos limites da subconcessão.”

O que se pretende dizer é que, para que se caracterize um contrato administrativo, necessariamente um dos polos deve ser ocupado por uma entidade com personalidade jurídica de direito público.

Por outro lado, a relação entre Concessionário e Subconcessionário tem caráter híbrido, onde ao último será transferido o plexo de prerrogativas e deveres atinente à relação estabelecida junto ao Poder Concedente. Isso não autoriza, entretanto, qualquer relação de subordinação entre Concessionário e Subconcessionário, pelo contrário, a relação entre essas duas partes é de mera regulação administrativa.

Pois bem, prevista a hipótese de subconcessão no bojo do procedimento licitatório “originário”, a avaliação realizada pelo Poder Concedente deverá, no âmbito do procedimento licitatório específico à subconcessão, estar atrelada àquele padrão já vinculado em sede de Edital e Contrato firmado junto à Concessionária.

Trazidas todas as características atinentes à subconcessão, entendemos que o Estado de São Paulo, **ao considerar o “Cenário B”, deve licitar uma concessão comum, na modalidade de concorrência, contemplando todas as modalidades lotéricas já legisladas pela União e, posteriormente à adjudicação, licitar, na forma de subconcessão por concorrência, a contratação de 3 (três) outros operadores para a modalidade de aposta de quota-fixa na forma on-line, ou seja, através de site.**

### 3. Diretrizes gerais na concessão comum:

Indispensáveis	Convenientes	Inadmissíveis
Vigência por prazo de 20 (vinte) anos;	Matriz de risco.	Descontinuidade do serviço;



Garantia proporcional ao tempo do contrato; Fiscalização pela Administração;		Multiplicidade de operadores; Subcontratação da atividade-fim; Exigência de certificação ISO.
--	--	--

#### 4. Modalidade de licitação, critério de julgamento e regime jurídico do contrato

Para além da modalidade de delegação do serviço objeto do PMI em tela, importante analisar a modalidade licitatória adequada para escolha da melhor proposta, além do critério de julgamento e do regime jurídico do futuro contrato.

As concessões comuns são regidas por lei especial, a Lei nº 8.987/95, aplicando-se a Lei Geral de Licitações, atualmente Lei nº 14.133/21 em caráter supletivo.

Nesse caso, o regime jurídico da contratação e da licitação são definidos a partir da consolidação pelo STF, como anotado acima, da natureza do serviço de loterias como serviços públicos.

A delegação proposta se dará mediante concessão comum - a ser licitada segundo a modalidade indicada no art. 2º, II, da Lei nº 8987/95 : "a delegação de sua prestação [é] 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".

Além de ser a modalidade indicada na lei própria de regência das concessões, a concorrência assegura a seleção de proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso, conferindo tratamento

isonômico às empresas participantes do certame, incentivando a inovação e a justa competição.

No que tange aos critérios de julgamento, considera-se o disposto no art. 15, da Lei nº 8.987/95:

Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;

II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;

III - a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII;

IV - melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;

V - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica;

VI - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou

VII - melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.

Pela natureza do objeto a ser licitado, e pelas considerações feitas acima, o critério que se apresenta mais vantajoso às partes é aquele previsto no inciso VI, ao combinar a melhor técnica, imprescindível ao serviço público a ser delegado, com a maior outorga, que se presta a melhor alinhar os interesses das partes com relação ao cumprimento do contrato.

Entende-se, com isso, que o valor a ser fixado a título de repasse pelo concessionária à Administração Pública em razão da arrecadação com os serviços lotéricos ao longo da vigência contratual, tem caráter de "outorga". No entanto, tal conceito não se relaciona necessariamente ao pagamento de outorga *upfront*, cujo objetivo primevo é evitar a prática de comportamentos oportunistas (*rent-seeking*).

A outorga, aqui entendida como **repasse periódico de percentual incidente sobre a receita do concessionário**,

garante a destinação de recursos hábeis à realização dos serviços e projetos sociais a que se dispõe a implementação e exploração dos serviços de loteria.

Entende-se que no caso dos serviços lotéricos, nos quais o Estado não estará disponibilizando ao concessionário a utilização de infraestrutura física (diferentemente do que ocorre, *e.g.* nas concessões portuárias e aeroportuárias); e que caberá ao concessionário implementar os investimentos necessários à operação do serviço; não seria compatível com essa estrutura e mesmo com as projeções de EVTE considerar-se a previsão de outorga, propriamente dita, que, contudo, não deixa de se efetivar no contexto e conceito comportado pelo **repassse periódico** proposto.

Dessa forma, tal modelo objetiva a seleção do competidor com maior aptidão técnica, além de garantir a sustentabilidade econômico-financeira da concessão para o Poder Público.

Sendo assim, o critério de julgamento da combinação da maior oferta pela outorga da concessão, representada pelo repasse periódico, com a melhor técnica (art. 15, VI, da Lei nº 8.987/95) será eficiente a garantir os resultados esperados pelo Poder Público, nos aspectos técnico-operacional e econômico-financeiro da futura concessão.

**Dessa forma, a modalidade de concorrência, pelo critério de melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica, se mostra a alternativa mais adequada para a prestação do serviço delegado, nos Cenários A e B.**

#### **4.1 Do procedimento licitatório**

Outro apontamento necessário é o relativo às fases no processo de licitação da concessão:

- I. Abertura do processo (fase interna);

- II. Publicação prévia do Ato Justificador da concessão, conforme art. 5º da Lei nº 8.987/95
- III. Preparação dos documentos da licitação (Edital e Anexos), conforme conteúdo do art. 18 da Lei nº 8.987/95
- IV. Realização de Audiência e Consulta Públicas (conforme regulamentadas no Estado de São Paulo);
- V. Habilitação;
- VI. Julgamento;
- VII. Homologação e adjudicação do vencedor.

Anote-se que o art. 18-A, da Lei nº 8.987/95<sup>7</sup> não obriga, mas sim permite, a critério do gestor, que se adote a inversão de fases ("poderá").

Neste caso - em se tratando de serviços bastante específicos e cuja implementação ainda se encontra em fase incipiente no País, será adequado não adotar o procedimento de inversão de fases, de forma **que a habilitação ocorra antes do julgamento das propostas em ambos os Cenários**, conforme procedimento tradicional

A análise prévia das condições de habilitação dos proponentes conferirá maior segurança e eficiência ao processo licitatório, uma vez que a Administração se exime de início de analisar propostas de participantes não suficientemente qualificados para a prestação do serviço cuja delegação consiste relativa novidade no País, em sede dos Estados. .

---

<sup>7</sup> Art. 18-A. O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que:

I - encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

II - verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor;

III - inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em segundo lugar, e assim sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital;

IV - proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas.

Dito isso, das cinco fases supracitadas, a **habilitatória** merece destaque. Isso porque a Lei é expressa quanto à exigência de alguns pontos. Em primeiro lugar, ressalte-se que a **habilitação jurídica**, disposta no art. 66, da Lei nº 14.133/21, e consiste, tão somente, na comprovação de existência jurídica da pessoa e, quando cabível, de autorização para o exercício da atividade a ser contratada.

A Lei também determina a comprovação relativa à **regularidade fiscal e trabalhista**, que consiste na prova de regularidade junto ao INSS, FGTS, Fazenda Federal, Estadual e Municipal, bem como a prova de inscrição no cadastro de contribuintes.

Ademais, em relação à qualificação técnica, esta deve ser mensurada das seguintes formas:

- I - apresentação de profissional, devidamente registrado no conselho profissional competente, quando for o caso, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, para fins de contratação;
- II - certidões ou atestados, regularmente emitidos pelo conselho profissional competente, quando for o caso, que demonstrem capacidade operacional na execução de serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, bem como documentos comprobatórios emitidos na forma do § 3º do art. 88 desta Lei;
- III - indicação do pessoal técnico, das instalações e do aparelhamento adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada membro da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;
- IV - prova do atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso;
- V - registro ou inscrição na entidade profissional competente, quando for o caso;
- VI - declaração de que o licitante tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação.

Sociedades empresárias estrangeiras atenderão à exigência prevista no inciso V, acima transcrito, por meio da apresentação, no momento da assinatura do contrato, da solicitação de registro perante a entidade profissional competente no Brasil., frisando-se sempre a

necessidade de que os mesmos sejam apresentados em tradução juramentada para o idioma português.

Poderá ser apresentado um único atestado compreendendo todos os quesitos, ou mais e um atestado desde que todos os quesitos solicitados sejam comprovados na forma solicitada.

Ressalte-se que os atestados deverão estar datados, com identificação clara da entidade declarante, com o nome e do cargo de quem assinou o atestado.

Outro ponto importante diz respeito à exigência de certificações específicas como requisito para habilitação na licitação. Neste ponto, perfilhamos do entendimento do Tribunal de Contas da União<sup>8</sup>, no sentido de que tais certificações – p. ex., ISSO e WLA – não são imprescindíveis para a execução da atividade, o que fere, expressamente, o disposto na legislação, vez que a qualificação técnica tem sua documentação restrita ao disposto no art. 67, da Lei nº 14.133/20<sup>9</sup>.

É de se dizer, a exigência de certificações não arroladas na lei viola o princípio da isonomia, prejudicando também a competitividade do certame.

Por fim, a documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

- Balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, vedada a substituição por balancetes ou balanços provisórios;
- Certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica;

---

<sup>8</sup> Acórdão nº 786/2006.

- Garantia da proposta, o que não recomendamos, em razão da exígua chance de participação do “licitante aventureiro”, tido como aquele que abandona o certame antes da adjudicação. Isso devido aos altos valores, bem como pela necessidade de *expertise* na área, o que restringe o número de participantes no procedimento.

Ressalte-se que, no “Cenário B”, as qualificações na subconcessão deverão se relacionar à abrangência do objeto a ser sublicitado.

Finalmente, no que se refere à regência jurídica, o contrato deve ser elaborado conforme art. 23 da Lei nº 8.987/95, e sua execução será regida pelas disposições da Lei de Concessões.

## **VI. DOS CONSÓRCIOS**

O Edital deve indicar a possibilidade da participação de empresas em Consórcio, a partir do poder discricionário da Administração Pública, à luz das demandas do serviço, considerando que dificilmente as empresas no mercado teriam, condições de executar o objeto da licitação isoladamente.

Neste caso a permissão do consorciamento para a implementação e operação dos serviços de loteria será compatível com questões técnicas e financeiras a estes relacionadas, que amparam tal autorização, cuja motivação na fase interna do processo poderá contemplar outras questões (e.g. limitação do número de consorciados).

O professor Sidney Bittencourt<sup>10</sup>, em relação ao consórcio de empresas, leciona que:

---

<sup>10</sup> BITTENCOURT, Sidney. Licitação Passo a Passo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

“A Lei entende o consórcio como a associação de empresas que buscam a participação em certa licitação, tornando possível que, detendo atributos diversos, conjuguem interesses e esforços de modo a formularem proposta unitária.”

O art. 19 da Lei nº 8.987/95 trata das licitações em que se permite a formação de consórcios de empresas, exigindo para tanto: (i) comprovação de compromisso, público ou particular, de constituição de consórcio, subscrito pelas consorciadas; (ii) indicação da empresa responsável pelo consórcio; (iii) apresentação dos documentos de habilitação do consórcio de aqueles exigidos de cada consorciada; (iv) impedimento de participação de empresas consorciadas na mesma licitação, por intermédio de mais de um consórcio ou isoladamente.

O §1º do mesmo dispositivo prevê a obrigação do licitante vencedor promover, antes da celebração do contrato, a constituição e registro do consórcio, nos termos do compromisso; alternativamente, o Edital poderá prever, a critério do delegante, a constituição de empresa antes da celebração do contrato.

Ressalte-se que apenas quanto à qualificação técnica e econômico-financeira, é possível a soma dos quantitativos dos consorciados, na forma da lei.

Nesse caso, a Administração Pública pode exigir do consórcio capital em valor de 10% (dez por cento) a 30% (trinta por cento) superior àquele fixado para os participantes de forma individual. Importante lembrar que o aumento de tais valores, ainda que se trate de multiplicidade de empresas em conjunto, pode restringir o certame, indo de encontro ao princípio da competitividade.

Outro ponto importante diz respeito à vedação de dupla participação na licitação, em consórcio ou individualmente, a fim de impedir que uma empresa concorra consigo mesma, apresentando propostas diversas, o que também macula o princípio da competitividade.



No consórcio regido pelo Direito Administrativo, inexistente autonomia e individualidade obrigacional das empresas, como previsto no art. 278, da Lei nº 6.404/76. Pelo contrário, nesse tipo de consórcio, as empresas são solidariamente responsáveis pelas obrigações contraídas, tanto com a Administração Pública, quanto com terceiros<sup>11</sup>.

Dessa forma, entende-se possível a constituição de consórcios privados, para que os interessados no certame licitatório tenham condições de participação pela junção de capacidades disponíveis.

## **VII. PRAZO E VALOR ESTIMADO DO INSTRUMENTO CONTRATUAL**

Assumindo a concessão como a alternativa legal adequada à delegação do serviço de implementação e operação das loterias do Estado, passa-se à análise da estimativa de tempo de vigência e do valor global do contrato.

Tal modalidade, conforme dito anteriormente, não tem prazo mínimo ou máximo fixado em lei, sendo uma prerrogativa do Administrador Público sua quantificação – vinculada ao respectivo estudo de viabilidade técnica e econômico-financeira afeto ao serviço, conforme dados a serem projetados para o contrato específico, a partir das projeções usualmente contempladas nos EVTEs de forma justificada e obviamente visualizando os princípios que norteiam a seara das licitações públicas e as peculiaridades do objeto licitado.

A complexidade da implantação e operação dos serviços de loteria, bem como a necessidade de investimentos pelo concessionário atraem um período de vigência contratual maior, a fim de que

---

<sup>11</sup> Acórdão 963110, 20140110778887APC, Relator: James Eduardo Oliveira, 4ª Turma Cível. Data de Julgamento: 24/08/2016. Data de Publicação: 05/09/2016.

sejam amortizados tais investimentos, bem como haja retorno econômico para o particular e para a Administração Pública.

Sugere-se, então, o prazo de 20 (vinte) anos, em conformidade com os demais Cadernos apresentados, prorrogáveis pelo mesmo período, garantindo a eficiência e continuidade do serviço prestado, além de assegurar segurança às partes contratantes, no sentido de que será possível, com o objeto licitado, auferir aquilo que fora previsto em sede de contrato.

O valor e percentual de repasse devem ser tratados igualmente no EVTE que subsidiará o Edital. Ressalte-se que, para estimar o valor de uma concessão, deve ser levado em conta (i) o total do volume de negócios gerado ao longo da duração do contrato, que poderá variar em função de uma série de fatores; e (ii) a contrapartida dos serviços objeto da concessão.

## VIII. DA GARANTIA

De acordo com a Lei de Concessões, as garantias são obrigatórias nas concessões precedidas de obras públicas (art. 18, inciso XV), para assegurar o cumprimento do contrato, e desde que haja previsão anterior no instrumento convocatório, pode a Administração Pública exigir da parte contratada determinada garantia, no montante de até 5% (cinco por cento) do valor do contrato – salvo exceções, em que a Administração pode exigir até 10% (dez por cento), o que não se amolda ao caso em espeque. Veja que a letra da lei não vincula o valor da garantia necessariamente ao contrato, colocando apenas como “teto” o montante de 5% (cinco por cento).

Dessa forma, diante dos vultuosos valores, tanto do contrato, quanto dos investimentos que deverão ser realizados para a eficaz operacionalização do serviço delegado, sugere-se que a garantia se dê em relação ao **valor do repasse** à Administração Pública, o que garantirá, ainda assim, a cobertura do contrato.

Continuando, o artigo 96, §1º, da Lei nº 14.133/21, elenca as três hipóteses, quais sejam: (a) caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública; (b) seguro-garantia; ou (c) fiança bancária.

Sobre as espécie supracitadas, atente-se que, com a alteração do dispositivo pela Lei nº 11.079/2004, os “títulos da dívida pública” devem ser emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia, tudo conforme autorização do Banco Central do Brasil. Ademais, em razão dos valores econômicos, há necessidade de avaliação em conformidade com as diretrizes do Ministério da Fazenda.

O seguro-garantia, a seu turno, é ajustado entre o contratado e empresa seguradora, que se compromete a cobrir os custos de eventual prejuízo à Administração Pública. A fiança bancária, por fim, é garantia que acarreta a responsabilidade comercial e onerosa de algum banco.

Seja qual for a escolha do particular, a garantia assegura o cumprimento do contrato, evitando que uma situação excepcional macule o serviço público delegado e, por conseguinte, o interesse público.

Sugere-se, por fim, que o valor da garantia seja proporcionalmente reduzido ao término de cada ano da concessão. Isso porque os altos valores no início do contrato irão se referir à totalidade da delegação. À medida que os anos passam, a garantia deve ser proporcional à vigência restante do serviço delegado.

## **IX. DETALHAMENTO RESPONSABILIDADES E RISCOS**

**DE**

### **1. Análise SWOT:**

Com vistas ao planejamento estratégico da delegação do serviço público de loterias, a análise SWOT, no âmbito jurídico, deve considerar os seguintes pontos:

- Ambiente interno: tudo que envolve a capacidade intelectual, tecnologia utilizada, marketing, gestão do negócio, capacidade de operação, qualidade da tecnologia, entre outros. Tal tópico subdivide-se em dois pontos:

a) Forças, com a análise de fatores que diferenciam um negócio dos demais.

b) Fraquezas, entendidas como questões internas que podem prejudicar o negócio.

- Ambiente externo: relacionado às questões políticas, econômicas, concorrenciais, cambiais, legislativas, etc. Dividem-se em:

a) Oportunidades, tidas como mudanças no mercado que, de alguma forma, são positivas e favorecem a prestação do serviço.

b) Ameaças, relacionadas aos fatores desfavoráveis, aos quais não há controle por nenhuma das partes.

<b>Análise Interna</b>	
<b>Forças</b>	<b>Fraquezas</b>
<ul style="list-style-type: none"><li>• Capacidade técnica da Concessionara;</li><li>• Experiência na prestação do serviço;</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Obsolescência do sistema utilizado;</li><li>• Pessoal não qualificado.</li></ul>

<ul style="list-style-type: none"> <li>• Prazo da concessão suficiente para amortizar investimentos e auferir lucro;</li> <li>• Marketing alinhado com o serviço delegado.</li> </ul>	
<b>Análise Externa</b>	
<b>Oportunidades</b>	<b>Ameaças</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Alterações normativas;</li> <li>• Ambiente político.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ausência da “cultura de jogos”;</li> <li>• Concorrência: mercado ilegal de apostas;</li> <li>• Alterações normativas;</li> <li>• Ambiente político.</li> </ul>

Vê-se que alguns pontos figuram tanto no polo positivo, quanto no negativo, em razão da impossibilidade de prever, sobretudo, o comportamento político e normativo em relação ao tema em questão.

## 2. Matriz de Riscos

Os contratos de concessão, caracterizados pela longa vigência de seu objeto e pela complexidade inerente às atividades, se mostram ímpares no que tange à disciplina contratual. Segundo a teoria econômica, são denominados “contratos incompletos”, uma vez que não se pode inferir todas as situações capazes de influir na execução do objeto durante a vigência da concessão.

Flávio Amaral Garcia<sup>12</sup>, ao tratar da incompletude dos contratos, afirma

“São incompletos porque realisticamente impossibilitados de regular todos os aspectos da relação

<sup>12</sup> GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e Contratos Administrativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 241.

contratual, o que os torna naturalmente inacabados e com lacunas, que reclamarão tecnologia contratual capaz de resolver a infinidade de contingências que poderão surgir durante sua execução.”

Nada mais adequado, então, do que falar em segurança advinda da certeza de mudança. Pois este aparente contrassenso é o que se passa nas concessões contemporâneas: a flexibilidade dos contratos é um dos itens que reforçam a segurança jurídica na prestação adequada do serviço<sup>13</sup>. Diante disso, conclui-se que não há como prever e instrumentalizar todos os riscos que podem surgir ao longo da execução do contrato.

A melhor doutrina, no entanto, não ficou silente, e Garcia leciona no seguinte sentido:

“Quando as bases e as circunstâncias externas que motivaram as partes a conformar a relação contratual (inclusive a própria matriz de risco) são drasticamente alteradas, inviabilizando o atingimento da finalidade primária do contrato e alterando profundamente o equilíbrio econômico-financeiro pactuado, tem-se a quebra da base objetiva do negócio e o legítimo direito dos contratantes de promoverem a revisão do pacto. Supor que as partes devam manter tudo como está, mesmo diante de aguda transformação das circunstâncias econômicas, exógenas ao contrato, bastante o suficiente para desequilibrar financeiramente a relação e gerar iniquidades e injustiças gravosas para um dos contratantes, é ignorar a boa-fé como pressuposto das públicas relações contratuais”

A matriz de risco a que se refere Garcia deve ser aplicada em relação aos riscos previsíveis, seja quanto à ocorrência, seja quanto à dimensão das suas consequências.

No momento em que o risco ultrapassa esses limites, a relação contratual entre a Administração Pública e o ente privado passa a ser regida com base na Teoria da Imprevisão, legitimada quando há

---

<sup>13</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei nº 8.987/1995 (parte geral). São Paulo: Malheiros, 2010.

ocorrência de acontecimentos extraordinários e imprevistos, que tornam a prestação de uma das partes contratantes extremamente onerosa.

Dito isso, ainda que a legislação pátria não tenha se manifestado quanto à matriz de riscos, tal instituto já é amplamente utilizado, tendo sido normatizado na legislação posterior, podendo ser disposto como “alocação de riscos entre o contratante e o contratado, hipótese em que o cálculo do valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e com os riscos atribuídos ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pelo ente federativo.”<sup>14</sup>

Aspecto voltado à gestão da concessão, a Matriz, segundo o extinto Ministério do Planejamento, representa escala de probabilidade e impacto no negócio, cujos riscos são dimensionados:

<b>ALOCÇÃO DE RISCOS</b>		
<b>Risco Identificado</b>	<b>Público</b>	<b>Privado</b>
Demanda	•	•
Força Maior	•	
Inflação	•	•
Construção/Implementação		•
Projetos Executivos		•
Operação		•
Manutenção		•
Financeiro		•
Obsolescência		•

A mitigação de tais riscos perpassa, sobretudo, pela prevenção dos riscos que se mostrem previsíveis, e pelo reequilíbrio econômico-financeiro do contrato quando imprevisível o fato que ensejou o desequilíbrio.

<sup>14</sup> Art. 22, Lei nº 14.133/2021.

Quanto aos riscos previsíveis, espera-se, com razão, que o particular se previna, seja a partir de análises de mercado, seja com um eficiente plano de negócios. Por outro lado, quando configurada a álea extraordinária, ou seja, a situação que ultrapassa os riscos comuns admitidos pela natureza própria do contrato há de se mencionar a maior defesa contra a instabilidade desses contratos: a incolumidade da equação econômico-financeira inicial.

O preclaro professor Carvalho Filho<sup>15</sup> ensina que, de forma diferente do que ocorre com o reajuste, “o direito à revisão” não depende de previsão contida no instrumento contratual, bastando a comprovação da existência do fato superveniente que tenha causado o rompimento do equilíbrio econômico.

Para o autor são dois os fundamentos para essa conclusão. Primeiro observa-se o direito oriundo diretamente do texto legal que, sem dúvida, se situa acima do contrato. Em segundo lugar, são imprevisíveis os fatos futuros que possam influir na relação contratual. O que é importante, segundo o doutrinador, é a “ocorrência do fato” e não sua formalização no contrato.

### **3. Responsabilidade**

Questão importante e que se insere na matriz de riscos, diz respeito à responsabilidade da concessionária. É de se dizer que, assim como a responsabilidade do Estado, também a do particular que presta serviço à Administração Pública é objetiva.

O concessionário assume o ônus da responsabilidade, vez que deve arcar, necessariamente, com a obrigação de responder pelos eventuais danos ocorridos.

---

<sup>15</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2012.



A área dos contratos, no serviço público, exige especial cautela. Conforme disposto no art. 121, da Lei nº 14.133/21, o contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

Caso haja inadimplemento relacionado aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, a responsabilidade pelo pagamento não é transferida à Administração Pública, nem pode haver oneração ao objeto do contrato.

O STF confirmou o referido entendimento, tendo fixado a seguinte tese de repercussão geral<sup>16</sup>: *"O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93"*<sup>17</sup>.

Novamente, em 08 de setembro de 2020, a Primeira Turma repetiu o entendimento do Tribunal. A posição do STF é a que mais se adequa ao caso: (i) a responsabilidade primária pelos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais é do contratado e (ii) de forma subsidiária, o Poder Público poderá ser responsabilizado se restar evidenciado que foi omissa quanto à fiscalização da contratada.

Compreendemos que, por ser um ônus que eventualmente recairá sobre a Administração Pública, caberá a ela a tarefa de provar que realizou a fiscalização devida nas atividades de seu contratado.

Não há responsabilização automática da administração pública. O Poder Público somente responderá se existir prova inequívoca de conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos de terceirização.

---

<sup>16</sup> STF, Pleno, RE 760.931/DF, Red. p/ ac. Ministro Luiz Fux. Data de Publicação: 02/05/2017.

<sup>17</sup> Correspondente ao art. 121, da Lei nº 14.133/21.

Ou seja, é possível, excepcionalmente, a responsabilização do ente público, se demonstrado que incorreu em dolo ou culpa na fiscalização contratual.

Por outro lado, em relação aos encargos previdenciários, em caso de inadimplemento, a Administração Pública responde solidariamente com o contratado, nos termos do art. 31, da Lei nº 8.212/91.

Ainda no que se refere à responsabilidade solidária, em relação aos resultados praticados pela empresa, o Tribunal de Contas da União (TCU) entende que o fiscal do contrato responde solidariamente com a contratada, por motivos de danos diretos ou indiretos provocados através de execução distinta ou irregular, perante as condições exigidas no contrato. O respectivo entendimento está previsto no artigo 16, §2º, da Lei nº 8.443/1992, em consonância com o Acórdão nº 380/2008, do TCU.

É sabido, ainda, que o fiscal do contrato pode ser, tanto agente público, vinculado ao órgão público licitante, quanto o Verificador Independente, entendido como o “responsável por avaliar o atendimento dos indicadores de desempenho na execução do contrato”<sup>18</sup>, Curial esclarecer que tal agente não substitui, nem afasta, o exercício do poder de fiscalização da Administração Pública.

Dessa forma, sua responsabilidade é atinente ao seu próprio *staff*, caso haja, no que tange à obrigações trabalhistas e previdenciárias, bem como em relação aos danos diretos e/ou indiretos incorridos pelo particular, em razão do não cumprimento das leis por parte – ou por culpa – do Verificador Independente.

---

<sup>18</sup> NETO, Mário Queiroz Guimarães. O papel do verificador independente como avaliador da performance do concessionário na primeira Parceria Público Privada (PPP) do país no setor rodoviário: o caso da MG-050. Disponível em: <https://www.consad.org.br/wp-content/uploads/2013/02/O-PAPEL-DO-VERIFICADOR-INDEPENDENTE-COMO-AVALIADOR-DA-PERFORMANCE-DO-CONCESSIONARIO-NA-PRIMEIRA-PARCEIRA-PUBLICO-PRIVADA-PPP-DO-PAIS-NO-SETOR-RODOVIARIO-O-CASO-DA-MG-050.pdf>. Acesso em: 12/08/2021.

Ressalte-se que, conforme dito alhures, no caso de consórcio de empresas, estas respondem também de forma solidária no caso de qualquer ato praticado em nome do referido consórcio.

Por fim, no que tange à subconcessão no “Cenário B”, não há que se falar em responsabilidade da Concessionária por atos dos subconcessionários, havendo, tão somente, responsabilidade subsidiária do Poder Concedente, sendo certo que deve constar expressamente do contrato todos as responsabilidades sub-rogadas.

JULGAMENTO ESTENDIDO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CICLISTA QUE PEGAVA CARONA EM ÔNIBUS E FOI ATROPELADO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA SUBCONCESSIONÁRIA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO MUNICÍPIO DELEGATÁRIO.

1. Há responsabilidade subsidiária do Poder Concedente, em situações em que o concessionário/permissionário não possuir meios de arcar com a indenização pelos prejuízos a que deu causa. (STJ, Ag. Reg. No Ag. em REsp 267.292) (TJ-MG – AC: 10024056830631005, Relator: Carlos Roberto de Faria. Data do Julgamento: 23/04/2019. Data de Publicação: 14/05/2019)

No voto, o i. Relator colacionou trecho do contrato, o que se presta a esclarecer a importância de disposição expressa, ainda que a própria legislação determine a sub-rogação de todos os direitos e obrigações da subconcedente nos limites da subconcessão:

“Verifica-se que constou expressamente na cláusula 5.23 do contrato que deverá a subconcessionária “responder por todas as ações trabalhistas, civis e criminais, pelos danos a terceiros a que der causa, não restando à BHTRANS qualquer responsabilidade, nem mesmo subsidiária”

## **X. HIPÓTESES DE INFRAÇÃO E SANÇÕES APLICÁVEIS**

Muito embora a Lei de Licitações não tenha contemplado as infrações ocorridas durante o procedimento licitatório, com o

advento da Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção - tal omissão foi suprida, com a tipificação dos seguintes atos ilícitos:

- a) Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, a natureza competitiva do certame, com pena de 2 a 4 anos de detenção, e multa;
- b) Impedir, perturbar e fraudar o procedimento licitatório, com pena de detenção de 6 meses a 2 anos, e multa;
- c) Afastar ou tentar o afastamento de licitante por fraude ou oferta de qualquer vantagem, com pena de 2 a 4 anos de detenção, e multa – havendo violência, aplica-se também a pena correspondente;
- d) Fraudar o procedimento em prejuízo da Fazenda Pública, com pena de 3 a 6 anos de detenção, e multa;
- e) Celebrar contrato com empresa inidônea, com pena de 6 meses a 2 anos de detenção, e multa – incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou contratar com a Administração;
- f) Criar, com fraude, pessoa jurídica, visando à sua participação no certame.
- g) Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo, com pena de 2 a 3 anos de detenção, e multa.

Os atos acima ensejam aplicação das seguintes penalidades, de forma cumulativa, conforme disposto no art. 19, da Lei nº 12.846/2013:

I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou

indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;  
II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades<sup>19</sup>;  
III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;  
IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

Curial destacar que, uma vez cometido o ato ilícito, deve aplicar-se a respectiva sanção aos infratores. Nesse aspecto, nunca é demais sublinhar que é perfeitamente possível o acúmulo de sanções administrativas e sanções penais.

Por outro lado, quanto às infrações cometidas após o particular se sagrar vencedor do certame, serão aquelas dispostas na legislação pertinente, e aquelas constantes do contrato de concessão.

A Lei nº 14.133/21, ao tratar das sanções administrativas, elenca, a partir do art. 155, tais infrações. Vejamos:

Art. 155. O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações:

- I - dar causa à inexecução parcial do contrato;
- II - dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo;
- III - dar causa à inexecução total do contrato;
- IV - deixar de entregar a documentação exigida para o certame;
- V - não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado;
- VI - não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta;
- VII - ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;
- VIII - apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato;
- IX - fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato;

---

<sup>19</sup> Quando comprovado (i) ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou (ii) ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

X - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza;

XI - praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação;

XII - praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa;

III - impedimento de licitar e contratar;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

§ 1º Na aplicação das sanções serão considerados:

I - a natureza e a gravidade da infração cometida;

II - as peculiaridades do caso concreto;

III - as circunstâncias agravantes ou atenuantes;

IV - os danos que dela provierem para a Administração Pública;

V - a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle.

## **XI. ASPECTOS RELACIONADOS AO CONTRATAÇÃO**

### **TRIBUTÁRIOS MODELO DE**

A Contratada, prestadora dos serviços de loteria, é pessoa jurídica legalmente constituída, sujeita à tributação vigente. Os tributos a serem pagos pela empresa, relativamente à sua atividade, de forma geral, são os seguintes:

#### **a) Tributos Federais**

- Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL;
- PIS e COFINS;
- Contribuições à Seguridade Social.

#### **b) Tributos Estaduais**

- Não há incidência de tributos estaduais nas operações de loteria.

#### **c) Tributos Municipais**

- Imposto sobre Serviços – ISSQN;

- Taxas diversas conforme legislação municipal.

Em relação à tributação, importante ainda fazer os seguintes esclarecimentos.

### **1. Imposto de Renda Retido na Fonte**

Em relação ao imposto de renda, além do tributo devido pela empresa, relativamente à sua própria renda, a Contratada é responsável pelo recolhimento do mesmo incidente sobre a premiação paga aos apostadores e assumirá, com exclusividade, todos os impostos e taxas que forem devidos em decorrência do objeto deste contrato, bem como as contribuições devidas à Previdência Social, encargos trabalhistas, prêmios de seguro e de acidentes de trabalho e outras despesas que se fizerem necessárias ao cumprimento do objeto pactuado.

O art. 63, § 1º, da Lei 8.981/95 (com redação dada pela Lei nº 11.196/2005), determina que o fato gerador do imposto de renda, no caso de prêmios distribuídos sob a forma de bens e serviços, ocorre na data da distribuição, por meio de concursos e sorteios de qualquer espécie, senão vejamos:

“art. 63 Os prêmios distribuídos sob a forma de bens e serviços, através de concursos e sorteios de qualquer espécie, estão sujeitos à incidência do imposto, à alíquota de vinte por cento, exclusivamente na fonte.

§ 1º O imposto de que trata este artigo incidirá sobre o valor de mercado do prêmio, na data da distribuição.”

Quanto o valor a ser considerado para recolhimento do IRRF com relação aos prêmios em espécie, ou seja, a sua base de cálculo, deve corresponder ao valor da Nota Fiscal de aquisição total dos prêmios (valor de mercado dos bens ou serviços), nos termos do artigo 677, § 1º do Regulamento do Imposto de Renda - RIR:

“§ 1º O imposto incidirá sobre o valor de mercado do prêmio, na data da distribuição, e será pago até o terceiro dia útil da semana subsequente ao da distribuição.”

Com relação à alíquota, esta deverá incidir exclusivamente na fonte em 20% (artigo 63 da Lei 8.991/95, com redação dada pela Lei nº 9.065/95).

Já os prêmios distribuídos sob a forma de dinheiro estão sujeitos à incidência do Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) sobre o valor do prêmio em dinheiro que exceder o valor da 1ª (primeira) faixa da Tabela de incidência mensal do Imposto de Renda da Pessoa Física (IRPF):

Art. 56. Lei nº 11.941 de 27 de Maio de 2009. A partir de 1º de janeiro de 2008, o imposto de renda sobre prêmios obtidos em loterias incidirá apenas sobre o valor do prêmio em dinheiro que exceder ao valor da primeira faixa da tabela de incidência mensal do Imposto de Renda da Pessoa Física - IRPF.

Art. 732 do RIR/2018. Ficam sujeitos à incidência do imposto sobre a renda exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta por cento:

I - os lucros decorrentes de prêmios em dinheiro obtidos em loterias, inclusive as instantâneas, mesmo as de finalidade assistencial, ainda que exploradas diretamente pelo Estado, concursos desportivos em geral, compreendidos os de turfe e os sorteios de qualquer espécie, exclusive os de antecipação nos títulos de capitalização e os de amortização e resgate das ações das sociedades anônimas (Lei nº 4.506, de 1964, art. 14); e

II - os prêmios em concursos de prognósticos desportivos, independentemente do valor do rateio atribuído a cada ganhador (Decreto-Lei nº 1.493, de 7 de dezembro de 1976, art. 10).

§ 1º O imposto sobre prêmios obtidos em loterias e sweepstake incidirá, a partir de 1º de janeiro de 2008, apenas sobre o valor do prêmio em dinheiro que exceder ao valor da primeira faixa da tabela de incidência mensal do imposto de renda da pessoa física (Decreto-Lei nº 204, de 27 de fevereiro de 1967, art. 5º, § 1º e § 2º; e Lei nº 11.941, de 2009, art. 56).

§ 2º O imposto sobre a renda será retido na data do pagamento, do crédito, da entrega, do emprego ou da remessa, o que ocorrer primeiro.



Os prêmios superiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) serão registrados no sistema do Conselho de Controles de Atividades Financeiras (COAF) de acordo com a resolução N° 25, de 16 de janeiro de 2013:

Art. 1º A presente Resolução tem por objetivo estabelecer procedimentos de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, sujeitando-se ao seu cumprimento as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens móveis de luxo ou de alto valor ou intermedeiem a sua comercialização, ainda que por meio de leilão.

Parágrafo único. Para os fins desta Resolução, entende-se como de luxo ou alto valor o bem móvel cujo valor unitário seja igual ou superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ou equivalente em outra moeda.

Art. 3º As pessoas de que trata o art. 1º devem manter registro de todas as operações que realizarem de valor igual ou superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ou equivalente em outra moeda, do qual devem constar, no mínimo:

- I - a identificação do cliente;
- II - descrição pormenorizada dos bens/mercadorias;
- III - valor da operação;
- IV - data da operação;
- V - forma de pagamento; e
- VI - meio de pagamento.

Ainda, de acordo com o artigo 651 do Regulamento do Imposto de Renda, Decreto nº 3.000/99, os pagamentos de comissões de pessoa jurídica para pessoa jurídica ficam sujeitos a retenção de imposto de renda na fonte, sendo que a Receita Federal equiparou, para fins de tributação, as revendedoras lotéricas à representantes comerciais.

Nesse contexto, as importâncias pagas ou creditadas pela Contratada, aos seus revendedores pessoas jurídicas, pela comercialização de jogos estão sujeitas à incidência na fonte, à alíquota de 1,5%, como antecipação do devido (Solução de Consulta nº 18/2002, da 3ª Região Fiscal).

É dispensada a retenção quando o valor do imposto que seria retido for igual ou inferior a R\$ 10,00 (Lei nº 9.430/96, artigo 67).

É também dispensada a retenção quando o serviço é prestado por pessoa jurídica imune ou isenta ou por pessoa jurídica optante pelo Simples Nacional (IN RFB nº 765/2007, c/c os artigos 181 a 184 do RIR/2018).

## **2. Imposto Sobre Serviços - ISS**

Em relação ao tributo municipal temos que a Lei Complementar 116/2003, norma que determina as regras gerais de tributação do ISS, estabelece a possibilidade de incidência do ISS sobre "serviços de distribuição e venda de bilhetes e demais produtos de loteria, bingos, cartões, pules ou cupons de apostas, sorteios, prêmios, inclusive os decorrentes de títulos de capitalização e congêneres.

Nesse sentido, a Contratante deverá avaliar a legislação do município no qual se estabelecerá, verificando a forma de tributação do imposto municipal.

Via de regra, as legislações municipais determinam a incidência do imposto sobre o valor dos serviços prestados.

Ocorre que, o serviço prestado pela Contratada é serviço absolutamente *sui generis*, cuja complexidade ainda não foi contemplada por nenhuma legislação municipal no país.

A futura Contratada será concessionária de serviço público estadual de exploração de loterias, desenvolvendo jogos lotéricos e comercializando tais jogos. Nestes termos, a emissão do documento fiscal de serviços deveria se dar contra a venda dos bilhetes de loteria, mas o valor unitário das apostas inviabiliza a emissão de nota fiscal individual em relação à cada prestação de serviço – milhares diariamente. De mais a mais, o

consumidor final sequer é conhecido, na maioria dos casos, em vista da sistemática de venda das apostas.

Em vista da excepcionalidade dos serviços prestados, no momento de início de suas atividades é importante a realização de tratativas com o município no qual a empresa será sediada para a obtenção de regime especial que a autorize, formalmente, à não emissão de nota fiscal de serviços e incidência do tributo municipal sobre o preço dos serviços prestados, constituído pelo faturamento da empresa, excluídos os valores creditados aos revendedores (comissão de venda), valores pagos a título de prêmios, bem como os montantes repassados ao Estado em razão do contrato.

## **XII. MECANISMOS DE REGULAÇÃO E FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO**

A execução dos contratos de concessão e subconcessão deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição (art. 117, da Lei nº 8.987/21).

É sabido que a Administração Pública tem a prerrogativa de fiscalizar a execução dos contratos celebrados, de modo a garantir que o objeto licitado está, de fato, sendo cumprido nos moldes do que fora anteriormente pactuado.

Para consecução desse poder-dever, deve a Administração designar um fiscal, a quem caberá acompanhar a execução contratual. Não havendo, no corpo técnico, agente capacitado para fiscalização do serviço de loterias, de forma excepcional, é permitido que o fiscal seja assistido ou subsidiado por terceiro estranho aos quadros, o que, por óbvio, demandará nova contratação.

Importante ressaltar que o executor e o fiscalizador do contrato não podem ser a mesma pessoa. O Tribunal de Contas da União já se manifestou nesse sentido:

Não faz sentido que o órgão executor e fiscalizador sejam o mesmo. Com fundamento no princípio da segregação de funções, como garantia da independência da fiscalização, é fundamental que o agente fiscalizador não seja ao mesmo tempo executor. Mais ainda, é essencial que o agente que fiscaliza detenha independência e não tenha compromissos ou relações com o órgão executor. Atribuir a execução e fiscalização a um mesmo agente seria ir contra todos esses princípios.

(TCU – Acórdão nº 140/2007, Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça)

Dito isso, passa-se às tarefas e responsabilidades do fiscal, que deverá verificar a fiel correspondência entre o que foi previsto no instrumento contratual e o que está sendo, de fato, executado.

No que tange ao serviço de loterias, imprescindível a fiscalização quanto à:

- a) Continuidade do serviço delegado, com a manutenção dos sistemas *online*; e
- b) Verificação de repasse dos prêmios aos vencedores.

Anote-se que o Tribunal de Contas da União, através do Acórdão nº 380/08, sublinhou que o fiscal possui responsabilidade solidária com a empresa por possíveis danos causados pela execução irregular do contrato, conforme art. 16, §2º, da Lei nº 8.443/92<sup>20</sup>:

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 1ª Câmara, em 26/2/2008, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento nos arts. 1º, inciso II, e 43, inciso I, da Lei n.º 8.443, de 16 de julho de 1992, c/c os arts. 1º, inciso II, 17, inciso IV, 143, inciso III, 237 e 250 do Regimento Interno, em conhecer da

---

<sup>20</sup> BITTENCOURT, Sidney. Licitação Passo a Passo. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

representação adiante relacionada, para, no mérito, considerá-la improcedente e mandar fazer a determinações propostas, de acordo com os pareceres emitidos nos autos, autorizando o subsequente arquivamento do(s) processo(s):

1. Determinar à Fundação Nacional de Saúde que:

1.1. Fiscalize a execução do contrato com a empresa Stange Viagens e Turismo Ltda., principalmente com relação aos itens "2", "6", "10" e "12" da minuta do contrato, relativos a "obrigações da contratada", "pagamento", "penalidades" e "rescisão", **lembrando que o fiscal do contrato tem responsabilidade solidária com a empresa por possíveis danos causados pela execução irregular do contrato, conforme art. 16, § 2º, da Lei n.º 8.443/1992;**

1.2. Verifique se os preços do bilhetes aéreos fornecidos pela empresa Stange Viagens e Turismo Ltda. foram os menores, dentre os ofertados, para o trecho, dia e horário escolhidos e verifique, também, o percentual de desconto obtido com relação ao preço da tarifa cheia, com vistas a garantir o menor preço possível para cada bilhete aéreo;

2. Determinar à Secretaria Federal de Controle Interno que informe, nas contas do exercício de 2008 da Funasa, sobre o cumprimento da presente deliberação.

(TCU – Acórdão nº 380/08, Primeira Câmara, Relator: Guilherme Palmeira. Data de Julgamento: 26/02/2008)

Também os pesquisadores Jessé Torres e Marinês Dotti<sup>21</sup>, em publicação específica ao tema, consideram o fiscal parte preponderante na tarefa de controle do contrato pela Administração Pública:

"É indubitoso que o fiscal da execução é um dos principais personagens do sistema de controle da eficiência (relação custo-benefício) e da eficácia da contratação (consecução dos resultados planejados), na medida em que a finalidade primacial de sua atuação é a de garantir a fiel execução do quanto se contratou."

Em situações cuja complexidade ultrapasse a seara de atuação do fiscal, este deve comunicar, de imediato, ao agente público competente, para que sejam tomadas as providências pertinentes ao caso.

O art. 118, da Lei nº 14.133/21, dispõe, também, que o contratado deverá manter preposto, aceito pela Administração, no local do serviço, para representá-lo na execução do contrato. Tal representante

---

<sup>21</sup> PEREIRA JUNIOR; DOTTI. A responsabilidade dos fiscais da execução do contrato administrativo. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP.

pode ser empregado da empresa contratada ou não, e a comprovação de seu vínculo se dá por meio de instrumento de credenciamento.

De mais a mais, não há, na legislação pátria, uma forma especial para que o Poder Público exerça a fiscalização sobre os concessionários. No entanto, a fiscalização só pode ter eficácia se a Administração Pública destinar órgão centralizado específico para esse controle.

O art. 30, da Lei nº 8.987/95, dispõe que a fiscalização pode abranger até mesmo a estrutura do concessionário, em ordem a possibilitar a verificação de:

- a) Contabilidade;
- b) Recursos técnicos;
- c) Adequação dos serviços;
- d) Aperfeiçoamento da prestação;

No mesmo sentido, uma vez sub-rogados todos os direitos e obrigações, conforme apresentado no “Cenário B”, deve a Administração Pública proceder à fiscalização do subconcessionário, nos mesmos moldes da fiscalização ao concessionário, observado tão somente o alcance da subconcessão.

### **XIII. DIRETRIZES PARA ELABORAÇÃO DAS MINUTAS DE EDITAL E CONTRATO**

No que tange à questão estrutural do Edital e do Contrato, as diretrizes estão dispostas na Lei nº 8.987/95, em seus artigos 18 e 23.

O edital de licitação deve conter, especialmente: (i) objeto, metas e prazo das duas concessões propostas; (ii) descrição das condições necessárias à prestação adequada do serviço; (iii) prazos para recebimento das propostas, julgamento da licitação e assinatura do contrato;

(iv) prazo, local e horário em que serão fornecidos os dados necessários à elaboração dos orçamentos e apresentação das propostas; (v) critérios e relação dos documentos exigidos para aferição da capacidade técnica, idoneidade financeira e da regularidade jurídica e fiscal; (vi) possíveis fontes alternativas de receitas; (vii) direitos e obrigações das partes; (viii) hipóteses de extinção do contrato; (ix) critérios a serem utilizados no julgamento técnico e econômico-financeiro da proposta; (x) no caso de consórcios, condições da empresa líder; (xi) minuta do contrato, com cláusulas essenciais; e (xii) contrato de subconcessão.

De outro lado, além das diretrizes básicas de qualificação das partes, finalidade, número do processo da licitação/contratação e a sujeição dos contratantes às normas da Lei nº 8.987/95 e, no que couber, à Lei nº 14.133/21, os contratos – tanto o de concessão, quanto o de subconcessão – devem estabelecer, com clareza e precisão, em conformidade com o instrumento convocatório, as condições para sua execução, quais sejam: (i) direitos e obrigações das partes e dos usuários; (iii) responsabilidades; (iv) objeto e seus elementos característicos; (v) legislação aplicável; (vi) regime de execução; (vii) créditos; (viii) prazos (da concessão, prorrogação, etc); (ix) garantias; (x) sanções; (xi) modelo de gestão do contrato; (xii) casos de extinção do contrato; (xiii) foro e modo amigável de solução das eventuais divergências contratuais.

#### **XIV. ORIENTAÇÃO E SUBSÍDIO PARA TOMADA DE DECISÃO**

Por todo exposto, o presente Procedimento de Manifestação de Interesse para implementação/exploração do serviço de loterias se volta para os seguintes Cenários:

- “Cenário A”: delegação através de concessão comum, para a exploração de todas as modalidades lotéricas atualmente permitidas, divididas em 2 (dois) lotes, conforme a forma de captação das apostas (1 Lote para apostas de captação física e 1 Lote para apostas de captação Online/Real Time) a ser licitada na

forma de concorrência, com critério de técnica e preço, devendo haver inversão nas fases licitatórias, para que a habilitação preceda a apresentação de propostas.

- “Cenário B”: delegação de concessão comum nos moldes acima descritos, para a exploração de todas as modalidades lotéricas, também divididas em 2 (dois) lotes, nos moldes explanados acima, com posterior subconcessão pela Administração Pública, realizada por procedimento licitatório na modalidade de concorrência, com critério de técnica e preço, especificamente para a seleção de 3 (três) outros subconcessionários para explorar, simultaneamente ao concessionário principal, a modalidade de aposta de quota fixa online, através de sites.

É de se dizer que a licitação deve se pautar na eficiência e na celeridade, sempre em conformidade com as demandas da coletividade, de modo que o interesse público seja alcançado.

Em considerações finais, sendo a concessão comum a hipótese mais viável jurídica, social e economicamente, em ambos os Cenários, torna-se possível que o Governo de São Paulo cumpra seus compromissos legais e sociais, disponibilizando serviço público adequado à coletividade. O modelo descrito no presente documento traz claras vantagens ao Poder Público e à sociedade, na medida em que (i) incentiva a prestação de serviço adequado, considerando que a concessionária vai auferir lucro proporcional à qualidade do serviço prestado; (ii) retira do Estado a prestação de um serviço complexo, delegando-o a quem tenha expertise para prestá-lo; e (iii) confere renda para o Estado, que poderá alocá-la em setores de extrema relevância para a população, como saúde e educação.

Além disso, poderá induzir o desenvolvimento de novos projetos no futuro que, aproveitando a experiência deste, fortaleçam os vínculos entre entes estatais e a iniciativa privada na oferta de utilidades destinadas à satisfação do interesse público.



Com a estrutura institucional adequada e um procedimento licitatório consistente, fundado em premissas e documentos claros, seguramente o Governo do Estado de São Paulo obterá sucesso na concessão objeto destes Estudos Técnicos.