

Coordenadoria do Sistema Jurídico
Parecer nº 03/2006 – Flávio Amaral Garcia
Rio de Janeiro, 02 de fevereiro de 2006.

Proc. nº E-04/1236/2005

Loterj. Contrato Administrativo. Alteração do Objeto. Modalidades de Loteria. Interpretação das cláusulas contratuais. Inexistência de direito líquido e certo da contratada à modificação do objeto. Espaço de discricionariedade reservado ao administrador público. Lógica do interesse público. Impossibilidade de jogo ainda inexistente ter sido ponderado para fins de atingimento das metas definidas em contrato. Precedentes da PGE. Premissa da competitividade na prestação dos serviços.

Sr. Procurador-Geral do Estado¹

- I -

Submete-se ao exame da PGE consulta formulada pela LOTERJ acerca do pleito da empresa HEBARA (fls. 03/07) que postula a aprovação de novo produto lotérico denominado “KENO”, modalidade de loteria mista resultante da conjugação de loteria instantânea e de loteria de concurso (prognóstico).

Invoca como fundamento os itens 2.1 e 2.2.2 do edital de licitação por concorrência n.º 001/2004, reproduzidos na cláusula primeira do Contrato de prestação de serviços n.º 001/2005 celebrado com a LOTERJ.

A Assessoria Jurídica da LOTERJ limita-se a relatar os fatos e sugerir o encaminhamento do processo administrativo à Procuradoria Geral do Estado (fls.14/17).

Em exame preliminar na PGE, sugeriu-se a devolução do processo à LOTERJ a fim de que os aspectos técnicos do novo produto lotérico fossem examinados, a juntada da justificativa técnica que motivou a definição de objeto contratual tão amplo e informações acerca dos precedentes em relação a proposituras anteriores de novos produtos lotéricos formulados pela HEBARA.

A Diretoria de Operações da LOTERJ (fls. 150/154) se manifesta, em apertada síntese, no sentido de que a modalidade KENO é conhecida internacionalmente e que consta com alto grau de aceitação, gerando

¹ Exmo. Sr.
FRANCESCO CONTE
MD PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

um elevado volume de recursos financeiros. Justifica a inclusão da modalidade mista no objeto do edital sob o argumento de que há uma tendência mundial de unificação do sistema de jogo instantâneo com o de sorteio. Sustenta, ainda, que a manutenção da loteria mista ampliou a participação de outras empresas.

Afirma, também, que existem metas a serem atingidas pela contratada, sujeitas a pena de multa no caso de não atendimento e que, possivelmente, a HEBARA teria levado em consideração as duas modalidades de jogos para compor o seu preço, o que possibilitaria a redução da participação percentual da própria LOTERJ. Assevera que o regulamento atende aos requisitos técnicos do edital.

Quanto à justificativa técnica, sustenta que as observações anteriores da Procuradoria Geral do Estado se referiam à contrato celebrado em regime de emergência, cuja estrutura é diversa do contrato atual, sendo esse mais rígido em relação à operação e controle. Pondera, por fim, que a amplitude do objeto se justifica em razão do sucesso de um jogo de loteria depender, exclusivamente, de uma boa distribuição, comercialização, premiação e propaganda, sendo certo que esta meta somente seria alcançada dentro de um processo homogêneo de criação.

É o relatório. Passo a opinar.

- II -

O enfrentamento da questão passa, necessariamente, pelo exame da cláusula do objeto do contrato de prestação de serviços celebrado entre a LOTERJ e a HEBARA. Dispõe a cláusula primeira, no seu parágrafo primeiro que:

“PARÁGRAFO PRIMEIRO: O presente contrato tem por objeto a prestação de serviços, com exclusividade, de criação de Produtos (jogos), impressão, estocagem, distribuição e comercialização dos jogos de **LOTERIA INSTANTÂNEA E LOTERIA MISTA** no Estado do Rio de Janeiro e elaboração, propositura, orientação e execução de campanhas publicitárias.”

No parágrafo sexto, o contrato define cada uma das modalidades:

“PARÁGRAFO SEXTO: DAS MODALIDADES
I. A modalidade **LOTERIA INSTANTÂNEA** consiste na venda de bilhetes preenchidos, combinando números, símbolos ou caracteres que determinem a existência dos prêmios previstos no plano de premiação, adquiridos aleatoriamente pelos interessados, sendo disponibilizado ao apostador, o resultado imediato para entrega dos prêmios apontados nos bilhetes vencedores.

II. A modalidade **LOTERIA MISTA**, para efeito deste contrato, **consiste na distribuição da LOTERIA INSTANTÂNEA associada à outra modalidade de loteria autorizada pela CONTRATANTE**, excluídas as modalidades que já estiverem sendo comercializadas por força de contratos em vigor entre a CONTRATANTE e terceiros, salvo se houver acordo entre as partes contratadas.

Percebe-se, da leitura da cláusula contratual, que o objeto do contrato envolve única e exclusivamente as modalidades INSTANTÂNEA e MISTA. Portanto, todas as demais modalidades estão excluídas do objeto contratual e, via de consequência, da exclusividade atribuída à contratada.

Há, também, uma significativa diferença entre as modalidades INSTANTÂNEA e MISTA. É que na mista, há a conjugação da modalidade INSTANTÂNEA com outra modalidade autorizada pela CONTRATANTE, o que já remete a matéria para o exercício de uma competência discricionária do administrador público para averiguar, à luz das circunstâncias fáticas, da conveniência ou não em autorizar a instituição da nova modalidade.

Outra conclusão que se chega da leitura conjunta do contrato com o art. 1º do Decreto n.º 23.299, de 03.07.1997 – ato normativo disciplinador das modalidades lotéricas – é que a loteria mista envolve a venda de bilhetes que reúnem características de duas ou mais modalidades.

O contrato detalha a sua conceituação para explicitar que, nesse caso, se trata da reunião da modalidade instantânea com outra modalidade autorizada pela LOTERJ. Não necessariamente a outra modalidade a que se refere o contrato tem que ser a de concurso. Aliás, se fosse para mencionar expressamente a modalidade concurso, o contrato já o teria feito, como fez ao mencionar a instantânea. O objetivo do contrato foi, em relação a outra modalidade, conferir à LOTERJ, na qualidade de contratante, o espaço discricionário necessário para a melhor decisão administrativa no caso concreto.

Estas premissas servem para, de pronto, já afastar a assertiva da HEBARA no seu pleito inaugural de que “não há dúvida quanto ao nosso direito líquido e certo de comercializar o produto submetido à aprovação.” Até porque a alteração contratual que se propõe é bilateral e depende da manifestação de vontade de ambas as partes, sendo inimaginável que num contrato administrativo se inverta a lógica do interesse público para conferir à contratada algum direito absoluto de modificar ou alterar o seu objeto.

Os esclarecimentos prestados pela Presidente da Comissão de Licitação em nada ilidem o que foi até aqui exposto. O que foi perguntado é se seria aceita a modalidade de Keno eletrônico integrada à modalidade instantânea. O que se disse ali é que para que esta modalidade fosse aceita deveria estar integrada à instantânea. Esta seria a única forma dela ser aceita, ou seja, como modalidade mista.

Isto sob hipótese alguma pode significar que o esclarecimento pretendeu antecipar que a modalidade mista envolveria necessariamente a modalidade prognóstico. Interpretação desta natureza seria irrazoável e contrária ao que está disciplinado no próprio contrato, reforçada pela premissa elementar de que a Presidente da Comissão de Licitação não seria o agente público competente para a tomada da decisão a que se refere o parágrafo sexto da cláusula primeira do contrato.

Nem se diga, também, que este novo produto lotérico seria fundamental para o alcance das metas, eis que, no momento da formulação da sua proposta, este jogo não estava implantado. Evidente que as metas foram consideradas à luz dos jogos já existentes e não dos que ainda seriam criados, até porque se tratava de evento futuro e incerto, totalmente inadequado para orientar uma proposta em licitação pública.

Se a formulação da proposta econômica levou em consideração jogo até então inexistente e que dependia da autorização da LOTERJ, a responsabilidade é integral da HEBARA, nada podendo ser imputado à LOTERJ, eis que o equilíbrio econômico-financeiro do ajuste somente pode considerar as condições da época da formulação da proposta e não de futuras alterações contratuais que sequer dependiam única e exclusivamente da empresa.

Por outro lado, não se pode deixar de mencionar que a regra, seja na prestação de um serviço público ou na exploração de uma atividade econômica, é a concorrência. A idéia é que a competição gera eficiência, devendo sempre ser evitada a situação de monopólio, eis que causadora de ineficiências econômicas e, conseqüentemente, de graves prejuízos aos usuários e consumidores. Trata-se de consectário do princípio estruturante da livre iniciativa (art. 1º, IV, da CF).

Sob esta perspectiva, especificamente em relação à contratação da HEBARA, em outra ocasião, o Exmo. Sr. Procurador Geral do Estado, FRANCESCO CONTE, em visto exarado no parecer n.º 09/04 do Procurador do Estado ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, já deixou assentado que:

“Na confecção do edital deve ser evitada e combatida a situação de apenas uma empresa se qualificar como apta a atender o objeto do certame, eternizando-se na relação contratual. Este cenário é inadmissível e sinaliza para um “monopólio privado”, a ser repudiado por enquadrar-se como abuso do poder econômico, nos termos do disposto no art. 173, 4º, da Constituição Federal.”

Portanto, tanto quanto possível, deve ser fomentada pela LOTERJ a participação de mais agentes econômicos na prestação dos serviços lotéricos como forma de almejar a máxima eficiência na consecução dos seus objetivos.

Não é demais registrar que a LOTERJ, outrora, contratou a modalidade de prognósticos em outra licitação e com outro prestador (o Consórcio Combralog), conforme mencionado pela própria HEBARA às fls. 05.

- III -

Em síntese, é possível concluir que:

(i) não há direito líquido e certo da HEBARA em comercializar o novo jogo por ela proposta. Isto porque:

(ia) a exclusividade da HEBARA alcança apenas as modalidades instantânea e mista, o que exclui todas as demais;

(ib) a modalidade mista, que envolve a instantânea aliada a outra, depende de autorização da LOTERJ, diferentemente do que ocorre com a instantânea;

(ic) o Decreto n.º 23.299/97 define loteria mista como sendo a venda de bilhetes que reúnem características de duas ou mais modalidades. Quando o contrato quis, explicitou que uma das modalidades seria a instantânea. Se não o fez com a outra, é porque a idéia era assegurar o espaço de discricionariedade do administrador;

(id) qualquer alteração contratual é sempre bilateral. É inimaginável cogitar que poderia a HEBARA impor determinado jogo para a LOTERJ, subvertendo a lógica do interesse público que orienta os contratos administrativos;

(ie) os esclarecimentos prestados pela Comissão de Licitação apenas explicitaram de que forma a modalidade Keno eletrônico poderia ser viabilizada no contrato. Isto não significa dizer que os esclarecimentos já teriam definido que esta seria a modalidade mista. Aliás, nem poderia eis que a Presidente da Comissão de Licitação não seria o agente público competente para o exercício desta competência discricionária;

(ii) é irrazoável cogitar que o novo jogo seria fundamental para o alcance das metas previstas no contrato, eis que no momento da formulação da proposta o jogo não existia. Assim, a proposta somente se orientou pelos jogos já existentes. A aprovação de qualquer outro jogo se constituía em evento futuro e incerto. Se o jogo inexistente foi considerado na formulação da proposta, a responsabilidade é integral da HEBARA, pois a economia do contrato se formou à luz da época da formulação da proposta e não de futura e incerta alteração do objeto contratual;

(iii) a decisão acerca da aprovação ou não do jogo proposto é discricionária da LOTERJ, a quem caberá avaliar as circunstâncias fáticas e de mercado;

(iv) conforme precedentes da PGE, tanto quanto possível deve-se sempre ter como norte na prestação dos serviços a competição, eis que geradora de maior eficiência.

É o parecer, s.m.j

FLÁVIO AMARAL GARCIA
Procurador do Estado

VISTO

Processo n.º E-04/1236/2005

Aprovo o parecer n.º 03/2006 do Procurador do Estado FLÁVIO AMARAL GARCIA, que concluiu pela inexistência de direito líquido e certo da empresa contratada à alteração do contrato. É evidente, pela interpretação das cláusulas contratuais mencionadas no parecer, que há um espaço de competência discricionária para que a LOTERJ autorize ou não o novo jogo proposto. Entender que há direito subjetivo da contratada nesta hipótese significa subverter a lógica do interesse público que orienta os contratos administrativos.

Destaco, também, a importância da competição como premissa da busca da máxima eficiência na prestação dos serviços públicos, conforme os precedentes já assentados nesta Casa.

Ao Gabinete Civil, com vistas à LOTERJ.

Em 03 de fevereiro de 2006.

FRANCESCO CONTE
Procurador- Geral do Estado