



GABINETE DA CONSELHEIRA  
**CRISTIANA DE CASTRO MORAES**  
(11) 3292-3267 - [gcccm@tce.sp.gov.br](mailto:gcccm@tce.sp.gov.br)

## DECISÃO

**Processos:** TC-008544.989.22-1, TC-008622.989.22-6 e TC-008769.989.22-9.

**Representantes:** Hebara Distribuidora de Produtos Lotéricos S.A., por seu Diretor-Presidente Amilton Ricardo Almeida Noble; e

Madrona Sociedade de Advogados; e

IGT Global Services Ltda. e Scientific Games Szerencsejáték Szolgáltatások.

**Advogados:** Régis Fernandes de Oliveira (OAB/SP n.º 122.427), Maria Elisabeth de Menezes Corigliano (OAB/SP n.º 57.519), Rogério de Menezes Corigliano (OAB/SP n.º 139.495), Sídney Agostinho Beneti Filho (OAB/SP n.º 147.283); Antônio Francisco Júlio II (OAB/SP n.º 246.232); Pedro Luiz Ferreira de Almeida (OAB/SP n.º 403.221); Rosane Meira de Menezes Lohbauer (OAB/SP n.º 134.412); Fernando Bernardi Gallacci (OAB/SP n.º 357.603); Karina Regina Batista Catão (OAB/SP n.º 404.471); Igor Nascimento de Souza (OAB/SP n.º 173.167); João Carlos Duarte de Toledo (OAB/SP n.º 205.372); Luciano Velasque Rocha (OAB/SP n.º 181.153); Fabio Pedro Alem (OAB/SP n.º 207.019); Fernando Rodrigo Farias Silva (OAB/SP n.º 257.373); Felipe Rufalco Medaglia (OAB/SP n.º 287.481); Francisco Leocádio Ribeiro Coutinho Neto (OAB/SP n.º 333.263); Adriana Ferreira Tavares (OAB/SP n.º 324.077) e Claudio Coelho de Souza Timm (OAB/DF n.º 16.885).

**Representada:** Secretaria de Orçamento e Gestão.

**Responsável:** Nelson Luiz Baeta Neves Filho - Secretário.

**Assunto:** **Representações formuladas contra o edital da Concorrência Internacional n.º 01/2022, que objetiva a concessão dos serviços públicos lotéricos nas modalidades de apostas de quota fixa, loteria de prognóstico específico, loteria de prognóstico esportivo, loteria de prognóstico numérico, loteria instantânea, loteria passiva, além das demais modalidades eventualmente autorizadas por lei federal, neste último caso sujeitas à anuência prévia do Poder Concedente.**

Trata-se de representações formuladas por empresa **Hebara Distribuidora de Produtos Lotéricos S.A.**, por **Madrona Sociedade de Advogados**, assim como, em conjunto, por **IGT por Global Services Ltda. e Scientific Games Szerencsejáték Szolgáltatások** contra o edital da Concorrência Internacional n.º 01/2022, da Secretaria de Orçamento e Gestão, que objetiva a concessão dos serviços públicos lotéricos nas modalidades de apostas de quota fixa, loteria de prognóstico específico, loteria de prognóstico esportivo, loteria de prognóstico numérico, loteria instantânea, loteria passiva, além das demais modalidades eventualmente autorizadas por lei federal, neste último caso sujeitas à anuência prévia do Poder Concedente.

Segundo a documentação que acompanha as iniciais, as propostas deverão ser entregues em 29/03/2022, das 15h00 às 15h15min.

Em resumo, a peticionária **Hebara Distribuidora de Produtos Lotéricos S.A.** afirma que o valor estimado do contrato, correspondente ao montante estimado do somatório de investimentos a cargo da futura concessionária, incluindo a outorga fixa mínima (subitem 3.1), foi divulgado sem o detalhamento dos estudos técnicos que serviram de base para sua fixação, em violação ao princípio da publicidade.

Alega que a admissão da presença de sociedades e demais pessoas jurídicas, entidades brasileiras ou estrangeiras, isoladamente ou reunidas em consórcio, cuja natureza e objeto sejam compatíveis com sua participação no certame (subitem 7.1) configura hostilização aos princípios da impessoalidade e isonomia. Na sua visão, a expressão “cuja natureza e objeto sejam compatíveis com sua participação” está impregnada de subjetividade.

Entende que o edital, ao estabelecer que as sociedades estrangeiras que não funcionem no Brasil deverão atender, “tanto quanto

possível”, às condições de habilitação (subitem 7.5), fere o princípio da igualdade, por conferir preferência às entidades alienígenas.

Dispõe que o atendimento à requisição de que a proposta contenha “todos os investimentos, custos, despesas e tributos necessários à execução do objeto da concessão” (subitem 11.4, IV) poderá ficar comprometida, ante o prazo de 33 (trinta e três) dias compreendido entre a publicação do edital e a data marcada para a realização do certame.

Delineia que houve a realização de apenas uma audiência pública em 31/01/2022, não tendo sido promovida outra após a publicação do ato convocatório.

Com relação à qualificação técnico-operacional (subitem 12.24), assevera que poderá haver dúvida, no caso de participação de consórcio, sobre a forma de demonstração de sua experiência anterior como responsável pela operação de sistema de vendas virtual, o qual tenha contabilizado, ao menos, 100.000.000 (cem milhões) de transações efetuadas em um intervalo máximo de 12 (doze) meses consecutivos.

Ainda sobre essa temática, critica o fato de o edital aceitar, para fins de comprovação da qualificação técnico-operacional mencionada linhas atrás, que os atestados recaiam em sistemas de *E-commerce* (subitem 12.24.1), pois isso, a seu ver, equivale a admitir a demonstração de qualificação técnica em atividades superficiais a despeito da complexidade das englobadas pelo objeto licitado.

Considerando o expressivo valor estimado para a licitação, volta-se contra o fato de o edital tolerar, para fins da qualificação técnico-operacional requerida no subitem 12.24, operação calcada apenas em uma pessoa, visto que se permite que a experiência seja conferida por acionistas e empregados de empresas terceirizadas. Critica a viabilidade de terceirização de capacitação técnica, que deveria ser comprovada previamente.

Na sequência, diz não identificar fundamento legal para que sejam admitidos como equivalentes aos atestados solicitados no subitem 12.24 contratos, cartas ou declarações de instituição financeira (subitem 12.25).

Vislumbra inconstitucionalidade no subitem 15.5, cujo item IV admite que, em 7 (sete) dias úteis anteriores à assinatura do contrato, a adjudicatária comprove, perante o Poder Concedente, sua experiência prévia ou, então, a de operador subcontratado ou de profissional vinculado, ao longo de, no mínimo, 12 (doze) meses consecutivos, em operação de loteria que

tenha realizado, ao menos, 100.000.000 (cem milhões) de apostas virtuais e/ou apostas físicas ao longo de um período de 12 (doze) meses consecutivos.

Aventa que essa comprovação não deveria ser solicitada depois de realizado o procedimento licitatório, porque isso implica admitir que haja um vencedor sem qualificação técnica previamente comprovada.

Em continuidade, insurge-se contra a aceitação, para efeito da comprovação exigida no subitem 15.5, IV, do somatório de atestados de um ou mais profissionais vinculados à adjudicatária ou ao operador subcontratado.

Para tanto, defende que a referência de desempenho (*benchmark*) não se faz com “meros atestados conferidos a pessoas físicas isoladamente”, dependendo, portanto, da reputação da empresa, da equipe formada ao longo do tempo e de seu desempenho em obras ou serviços anteriores.

Passando à minuta contratual, salienta que os valores mínimos de *payout*, estabelecidos na cláusula 9, subitem 9.1, não poderiam ser exigidos a cada plano lotérico, mas, sim, a cada período. A esse respeito, argumenta ser impossível garantir um *payout* determinado, por exemplo, em um evento de apostas esportivas, em virtude de suas variáveis.

Assim diz também com relação às loterias instantâneas, conhecidas como “raspadinhas”, em que os produtos com “price point” menores (R\$ 1/R\$ 2) devem ter *payouts* menores, a fim de que os produtos com “price points” maiores (R\$ 20/R\$ 50) possam ter *payouts* bem maiores que o mínimo.

Nesse sentido, conclui que o engessamento de um *payout* mínimo a cada plano lotérico inviabiliza a operação da loteria no seu dia a dia, havendo, *in casu*, portanto, problema na viabilidade do objeto licitado.

De outra parte, enuncia que, embora o certame tenha sido instaurado como internacional, não houve publicação do instrumento convocatório em qualquer veículo de notícias, site ou redes sociais de qualquer país, a limitar o universo de concorrentes.

Alude que, para plena compreensão de eventuais interessadas internacionais, o edital deveria ser publicado em alguns idiomas, de preferência o inglês, considerado, segundo diz, idioma internacional.

Verifica que não houve a comprovação da adequação da licitação à Lei de Diretrizes Orçamentárias; da conformidade do projeto básico com os recursos orçamentários, com sua previsão e compatibilização com o Plano

Plurianual e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias; da existência de estudo de impacto orçamentário-financeiro; nem a indicação do ordenador da despesa.

Ressalta que o prazo mínimo fixado no artigo 21 da Lei nº 8.666/1993 para recebimento das propostas não foi observado.

Vislumbra inadequação no objeto do certame, o qual, de acordo com o que afirma, aglutina serviços de loteria com serviços financeiros, bem como prevê pontos de vendas físicos e plataforma virtual. Diante disso, conclui que há uma confusão entre investimento exclusivo em loteria e em outras apostas, a dificultar a elaboração de propostas idôneas.

Acerca dessa temática, ainda, cita que o artigo 23, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 estabelece, como regra, o parcelamento do objeto, o que, no entanto, não foi atendido pelo órgão promotor do certame.

De seu turno, **Madrona Sociedade de Advogados** insurge-se contra os seguintes aspectos do ato de convocação:

**a) Falhas de modelagem em premissas equivocadas**

**a.1) Da desnaturação do objeto da concessão e direcionamento do certame**

Assinala que, embora o edital preveja a delegação à concessionária de todas as modalidades lotéricas permitidas pela legislação federal, com trespasse da competência material dos serviços lotéricos para comercialização de apostas físicas e digitais, há nos documentos editalícios uma série de premissas que acabam por direcionar a concessão à exploração exclusiva de loterias *online*, com rendimento ao particular mediante aproveitamento de receitas acessórias de cunho financeiro.

Indica que a minuta do contrato de concessão prevê como encargo da concessionária a implantação de um único Ponto de Venda (“PDV”), a ser localizado na cidade de São Paulo, não havendo qualquer outro relativo à expansão da rede física de vendas dos produtos lotéricos, a despeito de as informações públicas disponíveis darem conta de que a maior concorrente da loteria paulista, a Caixa Econômica Federal, realiza apenas 3,4% de suas vendas por meio do Portal Loterias Caixa.

Reporta que, nada obstante o encargo de se implantar exclusivamente um único Ponto de Venda em São Paulo, o Projeto Referencial considerou a instalação de 18.721 Pontos de Venda ao longo dos 6 (seis) primeiros anos da concessão, premissa essa, no entanto, equivocada.

Para explicar, salienta que o número de Pontos de Venda deve ser definido pela métrica de capilaridade de acordo com a região, conforme prévia definição da quantidade de pessoas adultas a ser atendida por cada Ponto de Venda.

Dessa forma, diz que, no Projeto Referencial, ao se calcular a população adulta de São Paulo (35.300.000 de pessoas) e dividir pelo número de Pontos de Venda estipulado (18.721), chega-se a 1.886 pessoas adultas por Ponto de Venda, sendo que a média, no cenário internacional, é de 1.180 habitantes por Ponto de Venda, a denotar a insuficiência dos números projetados pelo Governo Estadual, em comprometimento à viabilidade econômico-financeira da concessão e prejuízo à avaliação de interessados com experiência na venda física de loterias.

Destaca que agrava esse cenário a informação de que os Pontos de Vendas previstos nos estudos se referem a totens eletrônicos, ou seja, a projeção de vendas físicas não é realizada como tradicionalmente ocorre nos jogos lotéricos de outros concorrentes.

Tendo em perspectiva o conteúdo do subitem 4.2 do Projeto Referencial, arremata que a venda física deverá ser quase exclusivamente organizada por meio de totens e pontos de venda com sistema de vendas *online* ("POS"), não havendo qualquer previsão de utilização de vendas mediante contato humano.

A partir disso, extrai duas consequências: a) serão beneficiados, a seu ver, os interessados que tenham experiência na implantação de totens e sistemas virtuais em detrimento daqueles que tenham interesse em explorar os serviços lotéricos presencialmente; e b) haverá favorecimento ao desenvolvimento de receitas acessórias, com viés financeiro, dada a possibilidade de se reunirem serviços financeiros na utilização dos totens e pontos eletrônicos de venda, o que não constituiu alvo de análise pelo Projeto Referencial.

Diz que a preferência injustificada pelo uso digital para estruturação dos serviços lotéricos pode ser observada, também, nas estimativas para composição dos custos da concessionária, utilizados no Projeto Referencial para calcular o valor mínimo da outorga fixa, além de estabelecer outras importantes premissas da concessão, como, por exemplo, os percentuais a serem recolhidos a título de outorga variável, o ônus da fiscalização e os percentuais mínimos dos prêmios a serem pagos aos apostadores.

Atinente aos custos variáveis projetados para a futura concessionária (subitem 4.4 do Projeto Referencial), expõe que eles somente são factíveis sob a perspectiva de jogos realizados, exclusivamente, na modalidade *online*.

Para comprovar sua afirmação, elucida que o principal operador lotérico no Brasil, a Caixa Econômica Federal, no tocante à comissão de vendas presenciais, atua em patamar de 8,61% do volume de vendas, muito superior àquele fixado no Projeto Referencial, de 3% (três por cento) do valor da arrecadação.

No âmbito internacional, aduz não encontrar comissão de venda presencial em percentual compatível com aquele previsto no Projeto Referencial paulista, motivo pelo qual infere que os percentuais de comissão adotados no referido Projeto estão relacionados, de modo exclusivo, ao sistema de totens, não ao modelo presencial propriamente dito.

Esclarece que o projeto referencial também não prevê valores estimados para pagamento aos clubes e entidades esportivas de forma a viabilizar as parcerias comerciais necessárias à exploração economicamente viável das modalidades loteria esportiva e quota fixa, impactando os custos projetados no modelo econômico-financeiro do canal de vendas *online* e físicas.

Igualmente, assevera não haver no Projeto Referencial as previsões de custos com impressão e estocagem dentro da modelagem e com as atividades logísticas, o que, segundo acredita, confirma o desvirtuamento do objeto da licitação e o seu direcionamento a interessados atuantes, de modo preponderante, no mercado lotérico digital.

#### **a.2) Do equivocado cálculo de outorga pela incidência tributária sob a receita operacional bruta da concessão**

Cita que os documentos editalícios derivados do Decreto Estadual n.º 66.524/2022 definiram uma parcela de receita da concessionária como Receita Bruta Operacional, a qual seria composta pelo “resultado da diferença entre a receita operacional proveniente da comercialização pela concessionária de apostas físicas e virtuais e a premiação paga aos apostadores”, correspondendo àquilo que o mercado lotérico nomeia de “netwin”.

Concebe que a Receita Bruta Operacional, nos termos da minuta contratual, serve para o pagamento da outorga variável e taxa de fiscalização,

não devendo se prestar, por decorrência lógica, como base para qualquer tipo de tributo a ser cobrado da concessionária.

Ainda nesse sentido, sublinha que a minuta do contrato estabelece que a receita da concessionária deve considerar todas as receitas auferidas no âmbito da concessão, a prejudicar qualquer incidência tributária de base líquida para cálculo de valores tributários (Receita Bruta Operacional).

Explica que, nos moldes da legislação tributária, o cálculo de diversos tributos, a exemplo do ISS e PIS/COFINS, leva em conta o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, sem, por consequência, ponderar eventuais descontos não previamente estabelecidos em lei.

Desse modo, compreende que o Fisco calculará os tributos incidentes sobre as atividades da concessionária tendo por base sua receita total, não a Receita Bruta Operacional prevista no edital.

No entanto, aclara que o Subitem 4.5 do Projeto Referencial indica que o cálculo do valor mínimo da outorga fixa considerou a incidência de tributos federais e municipais somente sobre a parcela de receita da concessionária relacionada ao “netwin”.

Já com base na Tabela 4 do Subitem 4.6 do Projeto Referencial, pondera que a tributação aplicada sobre a base do “netwin” lastreou o cálculo do valor mínimo da outorga fixa, sem mencionar as demais premissas da concessão, como, por exemplo, os percentuais de outorga variável, taxa de retorno, etc.

Nesse sentido, aduz que a premissa adotada pelo Estado de São Paulo está equivocada, tornando imperiosa a revisão de todas as bases econômico-financeiras da concessão, sob pena de se cobrar, por exemplo, outorga fixa em valor superior ao que seria correto exigir pela modelagem econômico-financeira da concessão, reduzindo a competição e direcionando o certame para grandes grupos empresariais.

Dessa forma, traçando comparativos, expõe que o aumento do valor tributado em função da aplicação de alíquotas na base total de arrecadação tornaria impossível, inclusive, a exigência de pagamento de outorga fixa na concessão almejada.

A esse propósito, acredita que, por conta do aumento dos montantes tributados, deveria haver pagamento de contraprestação estadual em favor da concessionária, no montante de R\$ 149 milhões.

Assenta que o projeto, sob o formato de concessão comum de serviços públicos, portanto, torna-se economicamente inviável ao se considerar que a tributação de PIS, COFINS e ISS deve incidir sobre toda a base de receitas da concessionária.

Acrescenta que, não bastasse o erro tributário de modelagem, deve-se considerar, também, que todo o risco tributário relacionado à concessão está alocado, integralmente, à futura concessionária (cláusula 22ª da minuta contratual).

### **a.3) Do risco de renúncia de receita e impactos de riscos contratuais**

Arrazoa que os documentos editalícios contrariam a legislação federal, já que permitem ao operador lotérico do Estado de São Paulo vender, de forma indiscriminada, apostas *online* em todo o território nacional.

Relata que, ainda que não houvesse ilegalidade nessa permissão, o Projeto Referencial, ao apurar os valores de outorga, fixa e variável, não considerou por completo a projeção de receitas nacionais, significando dizer que o Estado de São Paulo realizou verdadeira “renúncia de receitas”, em razão da menor arrecadação de outorga junto à concessionária.

### **b) Das razões da Representação por omissão na publicidade da Licitação**

#### **b.1) A limitada publicação nacional do processo licitatório**

Relata que, apesar de a concorrência ser internacional, não houve publicidade do ato de convocação em âmbito internacional nem disponibilização de vias desse documento em língua inglesa e/ou concessão de prazo que possibilitasse a participação de empresas estrangeiras na disputa, já que, entre a publicação dos avisos da licitação e a data marcada para a entrega dos envelopes, transcorrerão apenas 30 (trinta) dias.

#### **b.2) Vício de ausência de comunicação prévia (ato de justificação)**

Enuncia, a esse respeito, que não houve publicação, previamente ao edital de licitação, de ato justificando a conveniência da outorga de concessão, com caracterização de seu objeto, área e prazo, em dissonância com o artigo 5º da Lei n.º 8.987/1995.

#### **b.3) Divulgação do certame com prazo irregular para a concessão**

Defende que, ante a complexidade desta espécie de licitação, de índole internacional, o seu edital deveria ter sido publicado, ao menos, com 45 (quarenta e cinco) dias de antecedência em relação à data fixada para a apresentação das propostas, até mesmo porque o desenvolvimento da presente concessão corresponderá à realização de uma “empreitada integral”, devendo incidir, *in casu*, por analogia, o disposto no artigo 21, § 2º, inciso I, alínea “b”, da Lei n.º 8.666/1993.

#### **b.4) Do óbice de prazo para obtenção dos financiamentos**

Tendo por catastrófico o cenário econômico atual, critica o fato de a minuta contratual (cláusula 37ª) prever como risco exclusivo do privado a captação de recursos financeiros para a execução da atividade concedida, especialmente em razão da dimensão dos valores a serem arrecadados para pagamento das obrigações editalícias e o curto período de 30 (trinta) dias entre a publicação do edital e a data fixada para entrega das propostas.

#### **b.5) Da alocação desproporcional de riscos que também dificulta o financiamento do projeto**

Censura a expressiva quantidade de riscos alocados ao particular neste caso, a qual, a seu ver, tornará mais alto o retorno exigido pelos investidores, o que tornará o projeto mais custoso e menos atrativo.

#### **b.6) Do cerceamento do direito de defesa na exigência de atestação para assinatura do contrato**

Argui que, embora o objeto da concessão envolva todas as modalidades lotéricas, o edital (subitem 12.24) prevê a necessidade de as licitantes comprovarem experiência pretérita apenas na venda *online* de bens e serviços.

De outra parte, reconhece que o ato de convocação (subitem 15.5) exige, como condição anterior à assinatura do contrato de concessão, a demonstração de experiência prévia inclusive em apostas físicas, o que considera ilegal, já que entende que nessa fase não haverá possibilidade de os demais participantes da disputa recorrerem, em prejuízo da isonomia.

#### **c) Da acelerada modelagem do processo e da prerrogativa de revisitar suas premissas**

Declara ser surpreendente que, em um “frenético” período de 9 (nove) meses, tenha sido produzido, com previsão de finalização, o projeto das loterias paulistas.

Reputa, à vista disso, que a celeridade desse processo parece não ter beneficiado a modelagem do projeto.

**Posteriormente**, peticiona nos autos para noticiar que o órgão promotor do certame respondeu à impugnação administrativa por ela proposta, com conteúdo semelhante à representação intentada no Tribunal, ratificando, a seu ver, as suspeitas de ilegalidade no certame.

Após sintetizar os esclarecimentos fornecidos, correlacionando-os com as impropriedades aventadas na inicial, sustenta que as elucidações são insuficientes e confirmam as diversas ilegalidades.

Entende oportuno reforçar a ocorrência de efeitos nefastos decorrentes do erro tributário cometido para fins de modelagem do projeto.

Reportando-se ao Decreto Estadual n.º 66.524/2022, salienta que a norma trata a integralidade dos valores arrecadados pela concessionária como receita operacional, motivo pelo qual, considerando a legislação que rege PIS e COFINS, tal rubrica comporá a base de cálculo das referidas contribuições.

Além disso, aponta que é falacioso o argumento da Procuradoria do Estado, para afastar o questionamento, acerca do julgado do CARF mencionado na representação, na medida em que restou decidido na ocasião que *“cumpriria ao contribuinte ter demonstrado haver uma autorização legal para que os valores dos repasses não fossem considerados como sua receita”*, inclusive porque teria havido autuação mesmo com comprovação documental dos pagamentos de premiação aos apostadores.

Pondera que *“não há dúvidas de que a legislação estadual, ao definir a totalidade do valor arrecadado pela concessionária como sua receita, causará os nefastos efeitos indicados na Impugnação, quais sejam, a obrigatoriedade de tributação da integralidade do valor arrecado pelo PIS, COFINS e ISS, fazendo com que o valor fixado pelo Estado de São Paulo para a Outorga Fixa seja majorado e impeça a participação de interessados. E tudo porque: havendo menor o valor da tributação, haverá maior valor de outorga, impedindo propostas de empresas interessadas em participar do certame”*.

No mais, salienta que, havendo licitação e materializando-se autuação tributária, a concessão se tornará economicamente inviável.

Por sua vez, **IGT Global Services Limited e IGT Global Services Ltda. e Scientific Games Szerencsejáték Szolgáltatások** combatem as seguintes particularidades do procedimento:

#### **a) Das falhas na elaboração do processo licitatório**

Apontam a realização de audiência pública com participação limitada, sendo que em curto espaço de tempo foram publicados o edital e respectivos anexos. Consignam que inexistiu qualquer consulta pública sobre a minuta dos documentos do certame.

Chamam a atenção para a inovação do objeto e a envergadura financeira do contrato, razão pela qual a pressa na realização da licitação, sem a obtenção das propostas de melhoramento, com as consultas públicas, cria desequilíbrio no procedimento e violação de diversos princípios.

Acreditam, assim, que a falta de concretização de consultas públicas é ilegal.

#### **b) Dos Prazos incongruentes com a modalidade licitatória e da ausência de documento em idioma estrangeiro**

Criticam a exiguidade dos prazos previstos no edital, incompatíveis com premissas fundamentais do Direito Administrativo e com a abertura para participação de sociedades estrangeiras, prejudicando, em especial, aquelas concorrentes com operações principais fora do país.

Exemplificam a situação com a dificuldade por elas encontrada de encontrar tradutores juramentados do idioma húngaro para o português, acrescentando que os períodos franqueados são insuficientes para fazer essa mesma transposição usando a língua inglesa como intermediária.

Consideram, com base em julgado do TCU, que não somente os prazos devem ser estendidos, mas a própria documentação deve ser apresentada em inglês, o que não teria ocorrido no presente caso.

Assim, concluem que interessadas estrangeiras não possuem condições materiais de oferecer documento e suporte em tempo hábil para ingressar na disputa.

#### **c) Dos erros**

Citam a ocorrência de falhas no subitem 12.33, inciso V, alínea “b” dos subitens 1 a 4, nos quais diversas previsões indicam haver inexatidões com a seguinte expressão “*Erro! Fonte de referência não encontrada*”, a prejudicar a compreensão e a competitividade da licitação.

#### **d) Das sondagens após a publicação dos documentos licitatórios**

Comentam que sondagens de mercado estão sendo realizadas, pela Comissão Especial de Licitação da Secretária de Orçamento e Gestão do Estado de São Paulo, após a publicação dos documentos licitatórios, em contrariedade ao artigo 15 da Lei de Licitações. Argumentam, a propósito, que, segundo entendimento do TCU, a ampla pesquisa mercadológica é condição para elaboração dos preços orçados.

**e) Da ausência de apreciação do pedido de prorrogação dos prazos do edital e de resposta fundamentada aos pedidos de esclarecimentos**

Reclamam que as respostas apresentadas a pedidos de esclarecimentos formulados são genéricas, sem fundamentação ou justificativa adequada, por meio da expressão “*o entendimento não está correto*”.

Afirmam que não foi respondido requerimento formulado para a Comissão Especial de Licitação para prorrogação dos prazos previstos em edital por 75 (setenta e cinco) dias.

Enfatizam que a requerida conferiu aos interessados, a contar da publicação, apenas 19 (dezenove) dias úteis, para a apresentação das propostas, e 8 (oito) dias úteis para a solicitação de esclarecimentos e informações. Realçam, ainda, que, tendo em vista o momento da apresentação dos 225 (duzentos e vinte e cinco) esclarecimentos, as interessadas possuem apenas 3 (três) dias úteis para entendê-los, adequar os planos de negócio e operações, e modificar as propostas.

Concluem, assim, que se configura omissão por parte da Comissão Especial de Licitação.

**f) Da ausência de qualificação técnica compatível**

Sustentam que, embora o objeto da licitação seja a criação, distribuição e comercialização de produtos lotéricos, o ato de chamamento demanda experiência em transações (pagamento virtuais), o que, além de genérica, está aquém da extensão e complexidade do objeto da licitação, em violação ao artigo 30, inciso II, da Lei Federal n.º 8.666/93.

Enfatizam que sequer se exige que a experiência com sistemas de vendas virtuais diga respeito aos últimos 12 (doze) meses, de forma a ser irrelevante que tenha ocorrido há um quinquênio ou década, por exemplo.

Enxergam impropriedade na falta de solicitação de qualificação técnica em captação e manutenção de rede de Pontos de Venda (PDVs)

físicos, em desconformidade com a Súmula n.º 263 do TCU e Súmula n.º 24 deste Tribunal.

Sublinham que, no caso, não se está exigindo comprovação de aptidão técnica em relação à integral exploração de serviços lotéricos, objeto da concessão.

Criticam, a propósito, que, em vez de exigir licenças e certificações na etapa de habilitação, a minuta contratual estipula prazo para que a concessionária obtenha tais documentos, a permitir que a consecução dos serviços, por pelo menos 3 (três) meses, sem nenhum amparo.

Entendem que, dada a relevância da capacidade para operação de loterias, que o próprio instrumento prevê, mesmo de forma equivocada, a necessidade de contratação de empresa com tal experiência, como condição para assinatura da avença, em descompasso com o artigo 30, § 1º, inciso I, da Lei Federal n.º 8.666/93 e com a jurisprudência desta Corte.

Acrescentam que o subitem 12.24 menciona somente comprovação de experiência com vendas online, não mencionando comercializações físicas.

Explicam que, como o Projeto Referencial prevê 18.721 (dezoito mil, setecentos e vinte um) PDVs, é razoável que seja exigida expertise na montagem e operação de redes de pontos de venda físicos, não apenas virtuais.

Consignam que a qualificação técnica deveria abranger: “(i) *experiência em gerenciar plataforma tecnológica, de múltiplas modalidades lotéricas, para milhares de Pontos de Venda, em observância ao referencial de PDVs disposto no Projeto Referencial* (ii) *experiência em captação, contratação e treinamento de milhares de Pontos de Venda, em observância à referência no Projeto Referencial;* (iii) *experiência em gerenciar sistemas virtuais de loterias (iLottery) para as modalidades lotéricas da Concessão;* (iv) *experiência em gerenciar sistemas centrais para pontos de venda de loterias para as modalidades lotéricas objeto da licitação;* e (v) *robusta experiência em prevenir ações ilícitas como lavagem de dinheiro, financiamento de atividades terroristas ou criminosas e apostas por menores de idade*”.

Assim, apontam ao menos duas falhas: falta de previsão de exigências relacionadas a serviços lotéricos; e restrição à comprovação de expertise em vendas virtuais.

#### **g) Da previsão de subcontratação ilegal**

Após tecerem considerações sobre o instituto da subcontratação e respectivos limites e exigências legais, assim como sobre os serviços incluídos no objeto, registram que o edital e a minuta contratual violam entendimentos doutrinários e jurisprudenciais ao permitir a terceirização ampla de serviços inerentes ao contrato de concessão (essenciais para implementação e operação dos serviços lotéricos). Tal admissão, prosseguem, conflita com outros documentos relacionados à Concorrência Internacional, a exemplo do Regulamento da Concessão.

Retomam, para confirmar a falha, alegações anteriores no sentido de que os documentos exigidos para qualificação técnica não têm relação com o objeto central da contratação.

Ponderam que evidencia e agrava a ilegalidade a previsão editalícia de comprovação, em 7 (sete) dias úteis antes da assinatura do contrato, de comprovação de experiência da adjudicatária, de operador subcontratado ou de profissional vinculado a qualquer dos dois anteriores em operação de loteria com realização de apostas virtuais ou físicas.

Consignam, deste modo, que a possibilidade de subcontratação total do objeto afronta princípios administrativos, gera prejuízos ao Estado e respectivos cidadãos e colocam em risco a qualidade dos serviços.

Interpretam que, a bem da verdade, há uma tentativa de admissão de subconcessão sem concorrência prévia, em violação ao subitem 32.8 da minuta contratual e ao artigo 26, § 1º, da Lei Federal n.º 8.987/95.

Incorre em mesma ilegalidade, no modo de ver das representantes, a hipótese do subitem 32.9.1 da minuta da avença, que estipula como obrigação da concessionária, em caso de rescisão de contrato entre a concessionária e o operador subcontratado, providenciar a substituição do operador, com prévia aprovação do poder concedente.

Acrescentam que as atividades passíveis de subcontratação extrapolam o percentual de 30% (trinta por cento) usualmente adotado.

Pontuam, no mais, que não houve fundamento técnico-econômico para viabilizar eventual terceirização das atividades.

#### **h) Das falhas na matriz de risco**

Reclamam da alocação indevida, em desfavor da concessionária, do risco de eventual supressão ou criação de modalidades lotéricas por legislação federal (logo, decorrente de um ato do poder público).

Afirmam que ocorrências da espécie constituem álea administrativa extraordinária e extracontratual, que obrigaria a Administração a compensar os prejuízos suportados pela concessionária, conforme excertos jurisprudenciais e doutrinários que colacionam, razão pela qual tais riscos deveriam ser atribuídos ao poder concedente.

#### **i) Da cobrança de valores desproporcional e desarrazoada**

Tendo em vista a definição de receita bruta operacional do Anexo 7 e o disposto no subitem 6.2 do edital, compreendem que a concessionária seria obrigada a pagar ônus de fiscalização também sobre os valores pagos a título de outorga variável, ocorrendo indevida dupla incidência e penalização indireta.

Prosseguem afirmando que também caberá ao concessionário a contratação de verificador independente, para avaliação da qualidade e desempenho dos serviços prestados, o que, considerado o encargo de fiscalização mencionado anteriormente, também configuraria *bis in idem*.

Defendem, desta forma, a exclusão de uma das duas obrigações, sugerindo, como alternativa, a utilização, para verificação da prestação dos serviços e do respectivo nível de excelência, de outros sistemas com certificado da Associação Mundial de Loterias juntamente com o envio de informações periódicas ao poder concedente.

#### **j) Da ilegalidade da exigência de capital social mínimo**

Articulam a imprópria cumulação de exigência de capital social mínimo com prestação de garantia da proposta, por vulnerar compreensão do Tribunal de Contas da União e o conteúdo do artigo 31, § 2º, da Lei Federal n.º 8.666/93.

#### **k) Da sistemática de funcionamento das contas e da insegurança jurídica**

Aduzem que a sistemática das contas se mostra desproporcional, sem margem de gerenciamento por parte da concessionária, salientando que a vencedora do certame estaria obrigada a arcar com 100% (cem por cento) do valor referente à comercialização de produtos que ainda não foram pagos pelos pontos de venda, e que, quando adimplidos, serão descontadas as comissões e prêmios pagos.

Relatam, ainda, que o instrumento desconsiderou a existência de dependência da concessionária no recebimento dos valores das

comercializações realizadas pelos pontos de venda.

Explicam que, embora tais valores possam ser calculados semanalmente, como estabelecido no Anexo 14, o desconto dos respectivos valores ocorrerá em prazo mais extenso, haja vista a necessidade de conciliação de contas por parte da concessionária.

Vislumbra-se, assim, no modo de ver das representantes, relação desproporcional e desequilibrada, que pode ensejar futuros pedidos de reequilíbrio.

Sublinham, ainda, questões materiais pertinentes ao Anexo 14 que não foram esclarecidas e geram insegurança, quais sejam: *“(i) racional para estabelecimento do valor de R\$42.233.208,66 (quarenta e dois milhões, duzentos e trinta e três mil, duzentos e oito reais e sessenta e seis centavos) na Conta Garantidora no prazo e condições previstas na Minuta de Contrato de Concessão, o que claramente mostra uma onerosidade excessiva ao licitante vencedor; (ii) sistemática de movimentação das contas, que muitas vezes depende de anuência do Poder Concedente, retirando a ingerência do Concessionário na atividade que lhe é proposta; (iii) sistemática de repasse e cálculo dos valores do payout que, além de não claros, não há detalhamento de como ocorrerá isso no âmbito da operação.”*

Observam, destarte, incongruências e lacunas que fragilizam e causam incertezas na participação de empresas com reputação do setor.

Em conclusão, todas as postulantes requerem a concessão de medida liminar de paralisação do certame, para que, oportunamente, seja determinada a revisão ou anulação do procedimento.

**É o relatório.**

**Decido.**

Examinando os termos das representações intentadas, vislumbram-se, ao menos em tese, apontamentos que indicam potenciais riscos à competitividade do certame, em contrariedade às normas de regência da matéria, a ensejar a intervenção prévia desta Corte.

De fato, sem prejuízo do exame oportuno de todos os questionamentos, destaco as inúmeras reclamações quanto a particularidades da forma de aferição da experiência das interessadas, que, de início, é mais genérica, para depois passar a exigir, da adjudicatária, de operador subcontratado, ou de profissional vinculado a qualquer destas, em até 7 (sete)

dias úteis anteriores à assinatura do contrato, expertise efetivamente em operação de loteria, a denotar possível risco de contratação de empresa sem experiência para a realização de objeto inovador, dada a recente autorização conferida aos entes federados pelo Supremo Tribunal Federal.

De outra parte, tratando-se de concorrência internacional e que objetiva pagamento de outorga pelo concessionário, chama a atenção a crítica comum nas representações à ausência de divulgação internacional do certame, com a transcrição de documentos licitatórios em língua estrangeira, providências estas que tendem a ampliar a disputa e alcançar proposta mais elevada, destoando aparentemente dos padrões normalmente adotados pelo Governo do Estado em situações da espécie.

No mais, são numerosas as críticas formuladas quanto à modelagem e ao projeto da concessão, boa parte das quais incute dúvidas em relação a relevantes aspectos que interferem na própria estruturação da exploração de receitas da contratação.

Desta maneira, o panorama desenhado com as presentes representações demanda análise apriorística da matéria, tendo em conta a existência de questionamentos sensíveis que podem eventualmente comprometer a higidez do procedimento.

Por esses motivos, com fundamento no parágrafo único do artigo 221 de nosso Regimento Interno, assino à autoridade competente o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para que **encaminhe cópia integral do instrumento convocatório impugnado**, assim como para que ofereça justificativas **sobre todas as impropriedades aventadas nas representações**.

No interesse da lisura do certame e, considerando que este Tribunal poderá decidir pela alteração do ato convocatório, **determino a suspensão do procedimento licitatório impugnado até apreciação final da matéria**.

Por fim, esclareço que, por se tratar de procedimentos eletrônicos, na conformidade da Resolução n.º 01/2011, a íntegra da decisão e das representações e demais documentos poderão ser obtidos, mediante regular cadastramento, no Sistema de Processo Eletrônico – e.TCESP, na página [www.tce.sp.gov.br](http://www.tce.sp.gov.br).

Publique-se.

Ao Cartório para as providências cabíveis, inclusive alteração da classe dos feitos no Sistema de Processo Eletrônico.

Apresentados os esclarecimentos ou decorrido o prazo sem ação dos interessados, encaminhem-se os autos para manifestação da Assessoria Técnica e da Procuradoria da Fazenda do Estado. Após, abra-se vista ao Ministério Público de Contas, na forma regimental.

G.C., em 28 de março de 2022.

**CRISTIANA DE CASTRO MORAES**

**Conselheira**

CÓPIA DE DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE POR: CRISTIANA DE CASTRO MORAES. Sistema e-TCESP.  
Para obter informações sobre assinatura e/ou ver o arquivo original acesse <http://e-processo.tce.sp.gov.br> - link 'Validar documento digital' e informe o código do documento: 3-RANK-C7AC-6I6O-2XIZ