



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



MÉRITO

TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 06/07/2022 – SECÇÃO ESTADUAL

EXAMES PRÉVIOS DE EDITAL

Processos: TC-008544.989.22-1, TC-008622.989.22-6, TC-008769.989.22-9 e TC-008936.989.22-7.

Representantes: Hebara Distribuidora de Produtos Lotéricos S.A., por seu Diretor-Presidente Amilton Ricardo Almeida Noble;
Madrona Sociedade de Advogados;
IGT Global Services Limited e Scientific Games Szerencsejáték Szolgáltatások; e
Intralot do Brasil Comércio de Equipamentos e Programas de Computador Ltda.

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), Sídnei 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); Rodrigo Machado Moreira Santos (OAB/SP n.º 304.611); Lucas Fantini Buonamici (OAB/SP n.º 400.973); Felipe Martins Zaratini (OAB/SP n.º 391.036); Lívia Cassanti Mosca (OAB/SP n.º 452.806); 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);



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



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); Claudio Coelho de Souza Timm (OAB/DF n.º 16.885); Bonifacio Jose Suppes de Andrada (OAB/MG n.º 128.391); Caio de Souza Loureiro (OAB/SP n.º 250.609); Filipe Camponez Brambilla (OAB/ES n.º 35.442); Gabriel Ene Garcia (OAB/SP n.º 391.281); José Augusto Dias de Castro (OAB/RS n.º 59.337); Laís Yamashita (OAB/SP 452.783); Marcelo Barbosa de Castro Zenkner (OAB/ES n.º 31.309); Thalles Andrade Leite (OAB/DF n.º 50.403); Thayane Costa Geraldo Bordallo (OAB/DF n.º 49.876); Leonardo Guimarães (OAB/MG n.º 70.020), Marcello Augusto Lima Vieira de Mello (OAB/MG n.º 80.922), Ronan Leal Caldeira (OAB/MG n.º 122.245), Heloína Lucas Miranda (OAB/MG n.º 141.349), Maria Carolina Torres Sampaio (OAB/MG n.º 103.400), Sara França (OAB/MG n.º 208.838), Pedro Francisco da Silva Almeida (OAB/MG n.º 196.941), Pedro Henrique Diniz Gomes de Medeiros (OAB/MG n.º 209.040), Marina Souza Trindade (OAB/MG n.º 175.559), Igor Pacheco de Freitas (OAB/MG n.º 86.273), Mariana Ellen Silva Leite Gracio (OAB/SP n.º 391.338), Helder Felipe Fonseca Damasceno (OAB/SP n.º 449.801) e Victor Meireles Faria (OAB/SP n.º 459.653).

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



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



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.

Senhor Presidente, Senhores Conselheiros, Senhor Procurador do Ministério Público de Contas, Senhor Procurador da Fazenda do Estado,

Trata-se de representações formuladas por Hebara Distribuidora de Produtos Lotéricos S.A., Madrona Sociedade de Advogados, IGT Global Services Limited e Scientific Games Szerencsejáték Szolgáltatások (em conjunto), assim como por Intralot do Brasil Comércio de Equipamentos e Programas de Computador Ltda. 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.

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



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



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 comprometido, 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, sendo que a que foi efetivada não franqueou direito de debate para contribuir na elaboração do edital.

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, 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 lícitado.

Considerando o expressivo valor estimado para a licitação, volta-se contra o fato de o edital tolerar, para fins da qualificação técnico-operacional



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



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.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



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.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



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



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



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



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



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.

Entre outras ponderações, consigna que a opção traz inúmeras desvantagens para gestão do jogo responsável de loterias, a exemplo da



dificuldade de acompanhamento e fiscalização do uso de totens e de coibição de abusos pelo operador lotérico no ambiente virtual (evitando, a título de ilustração, aquisição de jogos por menores de idade ou o abuso psicológico de apostadores compulsivos).

No mais, baseando-se nos percentuais da Caixa Econômica Federal, registra que a adoção do modelo exclusivamente online projeta arrecadação e outorga variável bem abaixo das estimadas pela Secretaria.

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

Cita que os documentos editais 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 apurar o recolhimento 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 todos os valores auferidos 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.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



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.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Traça paralelo com previsões da Lei Federal n.º 13.756/2018.

Acrescenta que, não bastasse o erro 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

Afirma 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, transcorreriam 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, resultando em 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



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



licitantes comprovarem experiência pretérita apenas na venda *online* de bens e serviços.

De outra parte, acrescenta 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 impropriedades.

Entende oportuno reforçar a ocorrência de efeitos prejudiciais 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.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Além disso, aponta que é falacioso o argumento da Procuradoria do Estado, para afastar o questionamento, acerca do julgado do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – 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 **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 localizar 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 precisa 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”, itens 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



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



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 prorrogação dos prazos previstos em edital por 75 (setenta e cinco) dias.

Enfatizam que a representada 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.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



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 a consecução dos serviços, por pelo menos 3 (três) meses, sem nenhum amparo.

Entendem que, dada a relevância da capacidade para operação de loterias, 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 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.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Consignam, deste modo, que a possibilidade de subcontratação total do objeto afronta princípios administrativos, gera prejuízos ao Estado e respectivos cidadãos e coloca 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 à vencedora do certame a contratação de verificador independente, para avaliação da qualidade e desempenho dos serviços prestados, o que, considerado o encargo pertinente à 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 (subitem 11.4, X¹) com prestação de garantia da proposta (subitens 8.3, 8.5 e 8.7²), 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

¹ 11.4. A LICITANTE deverá estar ciente de que a PROPOSTA DE PREÇO ofertada:

[...]

X. Deverá considerar recursos próprios a serem aportados na SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO pela LICITANTE, além da integralização do capital social mínimo;

² 8.3. A LICITAÇÃO será processada e julgada com inversão das fases, analisando-se inicialmente a PROPOSTA DE PREÇO, classificando-se as PROPOSTAS DE PREÇO, processando-se, se o caso, a fase de lances viva-voz, e em seguida, analisando-se a GARANTIA DE PROPOSTA e os DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO, ambos da LICITANTE que houver ofertado a melhor PROPOSTA DE PREÇO, nos termos deste EDITAL.

[...]

8.5. A PROPOSTA DE PREÇO será analisada anteriormente à GARANTIA DE PROPOSTA e aos DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO.

[...]

8.7. A GARANTIA DE PROPOSTA da LICITANTE mais bem classificada será analisada após a declaração da melhor PROPOSTA DE PREÇO, considerada a hipótese da fase de lances. O não atendimento das exigências do EDITAL, relativas à apresentação da GARANTIA DE PROPOSTA, ensejará a inabilitação da LICITANTE.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



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.

Vislumbram, desta maneira, 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.



Por fim, a reclamante **Intralot do Brasil Comércio de Equipamentos e Programas de Computador Ltda.** combate as particularidades a seguir sintetizadas do procedimento licitatório:

a) Da qualificação técnica aquém do objeto da licitação

Aduz, com base no subitem 12.24 e disposições seguintes e na resposta a pedido de esclarecimentos, que causa estranheza a falta de exigência de comprovação de experiência em consonância com o objeto a ser licitado, contrariando o artigo 30, inciso II, da Lei Federal n.º 8.666/93.

Sublinha que certos concorrentes poderão ser empresas especializadas na estruturação do processo de compra e venda na internet, em posição de vantagem em relação àqueles do ramo lotérico, o que é agravado pelo fato de a cláusula editalícia não demandar experiência em operação de loterias por meio físico.

Salienta o risco de delegação a operador sem nenhuma comprovação de expertise, sem traquejo na implementação e operação de loterias, colacionando exemplos, assim como trechos doutrinários e jurisprudenciais em favor de sua compreensão.

Consigna que as particularidades inseridas no subitem 12.24 não se enquadram como atividades congêneres ou similares ao objeto licitado.

Tece considerações sobre a complexidade e a especificidade da atividade que se pretende delegar, com diversas exemplificações, para defender a incompatibilidade de requisitar comprovação de experiências genéricas, em desprestígio às empresas que empregaram anos no desenvolvimento de suas plataformas e estruturas de gestão e operação em loterias.

Afirma que não há se falar em demonstração de qualificação técnica pela adjudicatária antes da contratação, pois tal postura gera riscos reais em relação à capacidade da futura operadora.



Após expor controvérsia da época da promulgação da Lei Federal n.º 8.666/93, sustenta que a demonstração de expertise apenas após a adjudicação do certame, além de insuficiente, pode causar a repetição desnecessária de atos no processo administrativo.

Reportando-se ao disposto no inciso IV do subitem 15.5, realça que a aptidão técnica possui condições de ser atendida por “*um profissional vinculado*” a uma empresa que operou loterias, sendo que a regra não especifica qual o nível operacional ou hierárquico seria exigido desse “*profissional*”.

Segundo hipótese que esboça, haveria o perigo de anulação do certame em razão da adjudicação do objeto à empresa incapaz de prestar os serviços delegados, sem a possibilidade de reabertura de prazos ou interposição de recursos, restando ao Governo do Estado somente abrir novo processo licitatório, com os custos decorrentes.

Conclui, nesse tópico, serem necessárias: (i) a adequação da exigência de experiência prévia, para que se relacione com o objeto da licitação (a implementação e exploração do serviço de loterias), e (ii) a inserção de critério de demonstração de experiência também na operação de loteria física.

b) Da liberalidade do operador na escolha das modalidades lotéricas

Questiona a possibilidade de escolha, pela concessionária, de explorar apenas uma modalidade lotérica, na medida em que são seis as espécies permitidas pela legislação e que serão delegadas pelo Estado.

Traçando paralelo com a ocorrência de concessão de linha ferroviária, argumenta que “*a situação não se mostra razoável, seja pela perspectiva de menor arrecadação pela Administração Pública – que destina tais recursos a programas da Seguridade Social, atingindo o seu objetivo primordial -, seja pela impossibilidade de a coletividade poder desfrutar, de forma completa, de um serviço público devidamente – e inteiramente – delegado ao particular, em atendimento ao requisito da universalidade do serviço [...]*”.



Entende, assim, imprescindível a determinação de aproveitamento das 6 (seis) modalidades lotéricas permitidas por norma federal.

c) Do único ponto de venda físico exigido e da universalidade de acesso

Critica a imposição de instalação de somente 1 (um) Ponto de Venda físico, de forma dedicada, no Município de São Paulo, não havendo nenhuma obrigatoriedade de implantação de aparato da concessionária para oferecer serviços à coletividade em agências lotéricas, bares, restaurantes, bancas e estabelecimentos congêneres.

Aduz que inexistente menção à necessidade real de a concessionária investir nas modalidades lotéricas de captação física.

Lastreada em trechos do projeto referencial e do caderno de encargos, afirma que *“o problema na ausência de disposições que determinem a instalação de Pontos de Venda físicos nos Municípios do Estado de São Paulo orbita especificamente o fim último da Administração Pública: a universalidade da prestação do serviço público, já comentada, aliada ao alcance da ampla função de desenvolvimento social e fomento da atividade econômica que é característica tradicional dos serviços lotéricos”*.

Explica que a delimitação de mínimo de pontos de venda físicos garante a criação de empregos, movimentação de pequenos e médios negócios, assim como alcance da população sem acesso ao ambiente virtual.

Após citar excertos doutrinários e jurisprudenciais sobre a universalidade e a natureza dos serviços lotéricos, pondera que a predominância da exploração por meio virtual das atividades restringe o alcance do serviço delegado, assertiva que vem acompanhada de dados de levantamento do IBGE e de pesquisa realizada pelo Sesc São Paulo e pela Fundação Perseu Abramo.

Finaliza seu arrazoado sobre esse aspecto requerendo aprimoramento (i) da qualificação técnica, para que passe a solicitar comprovação



de experiência prévia na operação de loterias através de pontos de venda físicos, assim como (ii) das requisições para a prestação dos serviços, com a obrigatoriedade de implantação de pontos de venda físicos em quantidade suficiente para assegurar a universalidade de acesso.

d) Da impossibilidade de cobrança de outorga fixa

Compreende que é incoerente a cobrança de outorga fixa milionária, na medida em que a concessão não implica transferência do direito de uso de bem público, porquanto os serviços não dependem da estrutura do Estado, tampouco da colocação de bem à disposição da concessionária, conforme disposto no projeto referencial, recaindo sobre a empresa o encargo de fazer dispêndios vultosos para manter as atividades lotéricas.

Acrescenta que eventual argumentação no sentido de que há necessidade de garantia dos investimentos não possui razão de ser, já que se demanda caução de participação e de execução.

Nessa linha de raciocínio, infere ser inadequada a outorga fixada pela Administração, inclusive porque restringe a participação de várias empresas que não estariam dispostas a despendar, sem justificativa racional, montante de elevada magnitude.

No arremate da inicial, pugna pelo deferimento de cautelar de paralisação do procedimento licitatório, para que, ao final, sejam saneadas as falhas aventadas no instrumento.

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.

Examinando os termos das representações intentadas, vislumbrei, 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.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Como o panorama desenhado com as presentes representações demandava análise apriorística da matéria, tendo em conta a existência de questionamentos sensíveis que podem eventualmente comprometer a higidez do procedimento, com fundamento no parágrafo único do artigo 221 de nosso Regimento Interno, assinei à autoridade competente o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para que encaminhasse cópia integral do instrumento convocatório impugnado, assim como para que oferecesse 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, determinei a suspensão do procedimento licitatório impugnado até apreciação final da matéria.

As medidas preliminares adotadas foram referendadas em Sessão Plenária de 06/04/2022.

Em resposta, a representada oferta esclarecimentos por tópicos, agrupando a abordagem dos questionamentos em harmonia com os temas, conforme a seguir sumarizado.

i) Qualificação técnica

Explica que a requisição de qualificação técnica levou em consideração os investimentos obrigatórios da concessão e a busca por experiência mínima garantidora de prestação adequada dos serviços, sem prejuízo à competição.

Aduz que o principal investimento previsto é a implantação de plataforma virtual de comercialização dos produtos lotéricos e de plataforma de gestão responsável pelo monitoramento da concessão, tendo sido requerida apenas a instalação de 1 (um) ponto de venda físico no município de São Paulo, de sorte a permitir à concessionária definir sua própria rede de distribuição.

Dessa forma, considerando que os dispêndios obrigatórios estão direcionados à implantação de plataforma digital capaz de sustentar a alta



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



movimentação dos apostadores, entende que a atividade é relevante para o êxito da concessão, razão pela qual se mostra adequada a sua exigência para fins de aptidão técnica.

Objetiva-se, segundo assevera, a atração de empresas com expertise na comercialização virtual de produtos, dotadas de conhecimento em tecnologia e capacidade de operação para implementar a ferramenta nos termos e prazos estipulados.

Em relação ao patamar de transações solicitado, esclarece que foi fixado com base em informações apresentadas no âmbito do Chamamento Público n.º 04/2021, especialmente em consonância com dados disponibilizados em pesquisa do Consórcio NGT Brasil, abordando aspectos quantitativos sobre os apostadores paulistas e valor médio anual de apostas.

Salienta que se chegou à conclusão de que o Estado pode totalizar 196,14 milhões de apostas por ano, de sorte que a qualificação técnica requerida equivale a 51% desse patamar.

Lembra, a propósito, que o edital permite a soma de atestados, defendendo que a quantidade de prova demandada se mostra compatível e adequada para assegurar a correta prestação dos serviços.

Sustenta que seria indevida a exigência, a título de qualificação técnica ou de condição para assinatura do contrato, de demonstração de exploração de todas as modalidades lotéricas da concessão, argumentando que essa abrangência sequer é obrigatória para a consecução da avença, dada a liberdade conferida à futura contratada.

Adverte que a imposição de certificações internacionais na etapa de habilitação restringiria a competição no certame, além de afrontar a legislação e precedentes das Cortes de Contas. De todo modo, rememora que se requererá, durante a execução do contrato, a obtenção das titulações pertinentes pelo operador contratado.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Realça que a impugnação que requer seja a experiência adstrita aos últimos 12 (doze) meses anteriores à sessão pública encontra óbice no artigo 30, § 5º, da Lei Federal n.º 8.666/93.

Acrescenta que dúvidas apresentadas acerca da forma de comprovação de experiência em caso de consórcios estão respondidas pelos subitens 12.24.2 a 12.24.4 do instrumento.

Nega a ocorrência de sobreposição dos princípios da igualdade e da competitividade à qualificação necessária e proporcional.

Tendo em vista as várias especificidades que deverão ser consideradas ao longo da execução do contrato, consigna que optou por exigir comprovação de experiência lotérica no momento da assinatura do contrato.

Destaca que, na elaboração dos documentos da concessão, empregou todos os recursos possíveis para assegurar que a concessionária observe as particularidades questionadas, a exemplo da exigência de obtenção de certificações internacionais, criação de área específica de combate à lavagem de dinheiro, obrigação de reporte ao COAF, respeito à legislação referente à segurança de dados e dever de implementação de plano de jogo responsável.

Lembra, no mais, que o Estado de São Paulo sempre tem adotado, em seus projetos, qualificações técnicas amplas, visando fomentar a disputa.

ii) Experiência lotérica como condição de assinatura do contrato

Argumenta que a imposição de evidenciação de experiência lotérica unicamente como condição de assinatura do contrato reproduz expediente amplamente utilizado pelo Governo do Estado, com o intuito de otimizar a competitividade, diretriz basilar do Programa de Desestatização.

Tal modo de proceder, continua, permite a participação no torneio de empresas sem experiência prévia no serviço específico, comprovando a



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



experiência no setor lotérico por meio de terceiros, de sorte a possibilitar a entrada de novos atores no mercado.

Assegura que não se subtrai, por esse mecanismo, direito de quaisquer interessados de questionar, na via administrativa, eventual ilegalidade ocorrida na apreciação da documentação ofertada pela adjudicatária.

Afirma que violaria a Súmula n.º 15 exigir tal experiência já na fase de habilitação, porquanto demandaria impor comparecimento das interessadas à licitação já munidas com prova da subcontratação de terceiro tecnicamente apto para operação desta parcela dos serviços.

Cita, em favor de sua compreensão, julgado desta Corte.

Salienta que, ainda que inexistia previsão legal que estabeleça fase recursal nessa etapa de verificação da documentação para fins de subscrição da avença, qualquer pessoa, física ou jurídica, pode, a qualquer momento, peticionar à Administração em defesa de direitos ou contra ilegalidades ou abuso de poder (art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, da Constituição Federal e arts. 23 e 24 da Lei Estadual n.º 10.177/98).

Elucida que a comprovação do subitem 15.5, inciso IV, pode se referir à experiência em operação de loterias física ou virtual, importando apenas que a adjudicatária, profissional a ela vinculado ou operador subcontratado demonstre ter expertise com setor lotérico nos patamares estabelecidos.

Tal evidenciação, prossegue, no caso de profissional vinculado, deve ser feita por alguém que tenha exercido cargo executivo responsável pela gestão operacional da loteria.

iii) Liberdade do operador na escolha das modalidades lotéricas

Diferenciando de outras tarefas públicas típicas, afirma que a atividade lotérica é considerada serviço público por uma perspectiva estritamente formal, ou seja, pelo regime jurídico atribuído pelo legislador.



Realça que se trata de opção de entretenimento da população, assim como que é a destinação final dos recursos, para fins de assistência social e combate à vulnerabilidade, que mais a aproxima da natureza de serviço público, citando julgado do STF.

Dada essa premissa, explica que a decisão de não obrigar a exploração de todas as atividades lotéricas se ampara na noção de que a concessionária, detentora de experiência no setor, será capaz de aproveitar o objeto da concessão de modo a maximizar a sua arrecadação, com reflexos nos recursos que terão finalidade social.

iv) Requisição de 1 (um) único ponto de venda físico

Defende que a imposição de instalação de somente um ponto de venda físico visa conferir ampla liberdade à concessionária na definição dos investimentos.

Aduz que não se pressupõe, com isso, que a operação ocorrerá apenas com um único ponto, inclusive levando em consideração que o modelo referencial adota como premissa a instalação de cerca de 18 (dezoito) mil unidades da espécie, devidamente contemplada nos estudos de viabilidade.

Entende que não se pode confundir liberdade com insuficiência de investimentos, assim como que a plataforma virtual exigida para a comercialização dos produtos garante a ampla universalidade da prestação dos serviços, maior até mesmo em comparação com uma rede de distribuição física.

Apona que dados de pesquisa sobre pessoas detentoras de telefone celular para uso pessoal não servem para comprovar insuficiência de alcance das atividades, argumentando que os serviços lotéricos não estarão disponíveis apenas para dispositivos móveis, assim como que o levantamento do IBGE citado foi realizado em período anterior à pandemia, a desconsiderar o crescimento posterior da utilização da internet pela população.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Pondera que é custosa a imposição de rede de distribuição física, razão pela qual o Estado permitirá à concessionária a definição dos investimentos.

Assegura, de mais a mais, que haverá geração de empregos mesmo que se levem em conta exclusivamente os dispêndios obrigatórios, tendo em vista a necessidade de estruturação da operação pela contratada em âmbito estadual.

v) Prazo irregular da licitação

Em relação ao prazo de publicidade, argumenta que o objeto da presente licitação não possui característica de empreitada integral, tendo sido observado o período de 30 (trinta) dias previsto no artigo 21, § 2º, inciso II, alínea “a”, da Lei Federal n.º 8.666/93.

Pondera que a lei não respalda a interpretação que estabelece relação entre a complexidade das atividades demandadas em determinada contratação e interregno mínimo de divulgação do edital.

Destaca que, no caso em apreço, não se exige implantação de qualquer obra pela concessionária, apenas de plataformas virtuais e de único ponto de venda físico, que sequer precisa ser construído pela contratada ou em imóvel que lhe pertença.

vi) Óbice para obtenção de financiamentos

Consigna que, desde o lançamento do Chamamento Público n.º 04/2021, em 08 de julho de 2021, ficou claro o tratamento prioritário dado pelo Estado ao projeto, de modo a se esperar que o mercado já estivesse iniciado movimentação no sentido de estudar a matéria e angariar recursos.

Realçando a competição e o interesse no chamamento público, assim como o potencial do mercado paulista, salienta que as empresas diligentes do setor perceberam que os valores para participar do certame seriam expressivos.

Recorda a divulgação, em 28 de dezembro de 2021, três meses antes da data prevista para a sessão pública, de ata de reunião do Conselho



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Diretor do Programa Estadual de Desestatização na qual ficou consignada a opção do Governo de adotar regime de exclusividade, a implicar outorga fixa significativa. Além disso, prossegue, dois meses antes do prazo final para entrega das propostas, por ocasião da audiência pública, foram anunciadas as estimativas aproximadas à época para o contrato (R\$ 1,09 bilhões) e a outorga fixa mínima (R\$ 330 milhões).

Nessa perspectiva, pondera que: *“Por mais sinceras as preocupações da Representante Madrona sobre o contexto macroeconômico e político, não é possível que empresas verdadeiramente interessadas no projeto tenham esperado a publicação das versões finais dos documentos editalícios, no final de fevereiro, para iniciar os procedimentos necessários à obtenção de financiamento.”*

Registra que a captação e gestão de recursos, para a concessão, envolvem matéria de risco e responsabilidade dos interessados, sendo que várias das quantias mencionadas apenas precisarão ser despendidas como condição de assinatura do contrato ou durante a execução da avença, e não como pressuposto para ingresso no torneio.

Sobre a alegação de favorecimento às participantes do chamamento público, garante que as informações pertinentes à concessão foram fornecidas no mesmo momento a todas as interessadas, assim como que a equipe estruturadora do projeto, no âmbito do referido procedimento prévio, conduzia as reuniões de modo a não revelar qualquer decisão de modelagem.

Aduz que, como a pretensão de contratação e respectiva previsão elevada de pagamento de outorga fixa são de conhecimento público há mais de nove meses, uma empresa com verdadeiro interesse na concessão, nacional ou internacional, que necessitasse de financiamento, não poderia esperar a publicação final dos documentos da licitação para começar a negociar a obtenção dos recursos, sob pena de externar despreparo para participar do torneio.

vii) Cobrança de outorga fixa



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Assevera que a cobrança de outorga fixa não ocorre como contrapartida à transferência de infraestrutura estatal, mas sim ao direito de exploração de um serviço público.

Sustenta que se almeja conceder a possibilidade de aproveitamento econômico, com exclusividade, de todas as modalidades lotéricas previstas em legislação federal no âmbito do Estado de São Paulo, o que justifica o pagamento mínimo fixado pela concessionária.

Após tecer ponderações sobre os parâmetros empregados para a análise da viabilidade econômico-financeira da concessão, ressalta que se calcula o piso do valor de outorga fixa de forma que não haja geração de excedente econômico no bojo do projeto (valor presente líquido igual a zero), o que, no caso, resulta em R\$ 313.503.628,86.

Informa que tal definição considera, ainda, a outorga variável e o ônus de fiscalização.

viii) Valor estimado do contrato

Acerca da reclamação que aponta falta de divulgação dos estudos técnicos, registra que, além dos documentos da concessão, publicou-se projeto referencial, disponível em endereço eletrônico que declina, materializando concepção não vinculativa aos interessados que explica diversas premissas econômico-financeiras adotadas na modelagem, a exemplo dos investimentos obrigatórios e referenciais, assim como forma de cálculo da outorga mínima, fatores que compõem o valor estimado do contrato.

Recorda, a esse respeito, que, em sede de resposta a pedido de esclarecimentos, foi disponibilizada pesquisa, apresentada no Chamamento Público, que contribuiu para a delimitação do mercado lotérico, com dados ecoados no projeto referencial.

Inexiste, assim, a seu ver, violação ao princípio da publicidade.

ix) Violação ao princípio da impessoalidade



Reportando-se à crítica à possibilidade de participação de pessoas jurídicas, cuja natureza e objeto sejam compatíveis com o objeto da licitação, nega ocorrência de violação ao princípio da impessoalidade, uma vez que se trata redação usual em editais, consoante exemplifica minuta disponibilizada no portal da Bolsa Eletrônica de Compras.

Elucida que o dispositivo possui como objetivo vedar o ingresso de empresas que não possam exercer as atividades demandadas da concessionária, sem que exista espaço para discricionariedade ou arbitrariedade.

No mais, afirma que é equivocado o entendimento de que todos os participantes da disputa deveriam ter como objeto social a prestação de serviços lotéricos.

x) Afronta ao princípio da isonomia

Defende que a expressão “*tanto quanto possível*” presente em cláusula editalícia que trata das condições de habilitação das empresas estrangeiras é amplamente empregada em licitações internacionais e está respaldada no § 4º do artigo 32 da Lei Federal n.º 8.666/93.

Recorda que certos requisitos de habilitação previstos em editais nacionais não possuem equivalência plena em outros países, tratando-se o item questionado, assim, de mecanismo de equalização das participantes no âmbito da concorrência.

xi) Equivalência atribuída a outros documentos para fins de qualificação técnica

Aduz que o subitem 12.25 aceita, como equivalentes aos atestados, para efeitos de qualificação técnica, contratos, cartas ou declarações de instituições financeiras, agências ou poder concedente, de sorte a possibilitar maior número de participantes, por intermédio de outras formas de comprovação de experiência pretérita.



Indica que a regra é corolário do princípio da instrumentalidade das formas, assim como que a menção às instituições financeiras corporifica mera hipótese, dentro de rol exemplificativo, dos documentos aptos a ilustrar expertise.

xii) Valores mínimos de payout por plano de jogo

Acerca da alegação de que os valores mínimos de *payout* não poderiam ser exigidos a cada plano lotérico, relembra que a matéria foi objeto de resposta a pedido de esclarecimentos, com o seguinte teor:

Deverá ser apurado, após período de 1 ano, se o payout médio do conjunto de produtos de determinada modalidade lotérica respeitou o payout mínimo previsto na Cláusula Nona, sendo possível que determinado Plano de Jogo preveja payout mínimo abaixo do estabelecido da Cláusula.

Assim, compreende que a questão já foi saneada.

xiii) Divulgação do certame e tradução dos documentos

Observa que, em licitações internacionais, inexistente comando normativo que obrigue a publicação de edital em jornais de circulação além do território brasileiro, tampouco que o instrumento tenha o texto vertido em língua estrangeira.

Afirma, com base nas disposições da Lei Federal n.º 8.666/93, que é facultativa qualquer forma de divulgação, fora das exigidas por lei, para ampliar a área de competição.

Para afastar a aplicação da compreensão de julgados do Tribunal de Contas da União sobre a matéria, consigna que a contratação em apreço não envolve recursos de origem federal, de molde a não restar atraída a competência daquela Corte.

No mais, menciona decisão de nosso repertório jurisprudencial que cita a existência de julgados que reputaram regulares concorrências internacionais divulgadas nos limites impostos pela lei.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Para reforçar sua compreensão, traz à colação lição doutrinária, sem embargo de ponderar que as contratações de mídias estrangeiras para divulgação e a tradução dos documentos licitatórios podem ser custosas à Administração, além de desnecessárias, quando existe difusão espontânea da licitação, como no caso em tela.

Cita, a propósito, notícias a respeito dos trâmites relativos ao procedimento licitatório ou aos atos que o antecederam em veículos noticiosos estrangeiros do segmento (Lottery Daily, Public Gaming, Play Crazy Game). Da mesma forma, relembra repercussões em portais brasileiros em língua inglesa (BNL Data, Games Maganize Brasil e IGaming Brazil).

Em relação à petição posterior protocolizada pela representante Madrona, aponta que não foram desenvolvidos argumentos novos em face da resposta à impugnação apresentada pelo Estado.

xiv) Ausência de cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal e do artigo 5º da Lei Federal 8.987/95

Com relação à suposta falta de atenção às exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal, sublinha que não há dispêndio de recursos públicos na concessão, razão pela qual se prescinde de demonstração de disponibilidade financeira, autorização para realização de despesa, estudo de impacto orçamentária e ordenador de despesa.

Acerca do artigo 5º da Lei Federal n.º 8.987/95, realça que todos os requisitos foram cumpridos por meio da edição do Decreto Estadual n.º 66.524/2022 e na exposição realizada na 266ª Reunião Ordinária do Conselho Diretor do Programa Estadual de Desestatização.

Critica, no mais, a postura da representante Madrona, a esse respeito, que tenta desmerecer a justificativa da Procuradoria Geral do Estado com acusações sem fundamento teórico.



Acrescenta que não há razão para, em ato de comunicação prévio à licitação, apresentar justificativas que não tenham reflexo nas obrigações da concessão.

xv) Suposto direcionamento

Em relação ao aventado favorecimento aos interessados com expertise na exploração de serviço lotérico em ambiente virtual, esclarece, de início, que a adoção de projetos referenciais constitui prática comum no Estado para as desestatizações de ativos que não se submetem à regulação típica dos serviços públicos prestados mediante o pagamento de tarifa pelo usuário.

Explica que tais projetos se caracterizam pela liberdade conferida à concessionária na definição dos preços dos ingressos (aliada à possibilidade de múltiplas fontes geradoras de receita), proporcionando ampla margem para definição de investimentos com vistas à obtenção de receita.

Mesmo com essa abertura, salienta, há necessidade de elaboração de modelo referencial de aproveitamento que entenda adequado, com o intuito de avaliar a viabilidade e as variáveis financeiras envolvidas no empreendimento.

Contrapõe esse desenho ao realizado para projetos tradicionais, em que a remuneração da concessionária provém da receita tarifária do serviço público e os investimentos são delimitados predominantemente de forma obrigatória.

Cataloga os atributos da concessão de loterias: exploração das modalidades autorizadas como objeto; principal fonte de remuneração são as apostas, deduzidos os prêmios, com liberdade na definição dos preços; e forma de oferta do serviço física (via casas lotéricas, vendedores cadastrados ou pontos de vendas não dedicados, como bares e bancas de jornais) ou virtual (por meio de site da internet, aplicativo de celular, totens).

Pondera que a criação das loterias estaduais representa, para a maioria dos entes federados, fenômeno recente, com escassos paradigmas



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



nacionais, não havendo consenso sobre a forma ideal de exploração, o que ficou evidenciado pelas diferentes propostas apresentadas no âmbito do chamamento público.

Aduz que o Estado de São Paulo, em decorrência da flexibilidade conferida, definiu como investimentos obrigatórios apenas a implantação de um ponto de venda físico dedicado na capital e desenvolvimento de plataformas virtuais de comercialização e monitoramento. Essa maleabilidade torna difícil, a seu ver, a compreensão da alegação de direcionamento.

Registra que, na montagem do seu esboço referencial, compreendeu que o modelo ótimo contemplaria, ao lado desses dispêndios obrigatórios, instalação de pontos de vendas não dedicados em todo o território estadual, garantindo a capilaridade na distribuição e com custos menores em comparação com os pontos dedicados.

Acredita que não é obrigado a adotar, como baliza, a mesma forma de exploração empregada pela Caixa Econômica Federal, acrescentando que possui como pressuposto, baseado em estudos existentes e evidências trazidas pela pandemia, crescimento expressivo das vendas virtuais no decorrer dos próximos anos.

Relembra que o estudo de cada participante será elaborado com premissas próprias, a dar azo a resultados e valores de outorga diferentes.

Pondera que ocorreria direcionamento do certame se houvesse a imposição da implantação de pontos de venda não dedicados ou apenas autorização para exploração por meio da plataforma virtual.

Chamando a atenção para as diferenças que podem existir entre modelos de concessão, declara que decorre da falta de previsão de produtos lotéricos de forma física no projeto referencial a ausência de indicação de investimentos em equipamento para impressão de produtos, assim como de custos de impressão, logístico e de remuneração de pontos de venda físico, ao lado de um dispêndio elevado na aquisição de totens e POS (Point of Sale).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Segue elucidando que o ponto de venda físico se torna um terminal de aposta, de sorte que a concessionária apenas aluga um espaço de um estabelecimento comercial, remunerando o dono do estabelecimento no montante de 3% (três por cento) do valor das vendas do terminal.

Refuta as assertivas que criticam a ausência de pagamentos a clubes e entidades esportivas com vistas a viabilizar a exploração de loterias esportivas e quota fixa, informando que o projeto referencial não considerou qualquer receita advinda da loteria de prognóstico específico.

Observa que inexistente obrigatoriedade de aproveitamento de todas as espécies lotéricas, motivo pelo qual, embora seja improvável, caso a futura concessionária compreenda que os valores incidentes tornam inviáveis a exploração de aludidas modalidades, não será obrigada a fazê-lo.

Acrescenta que, independentemente da forma de exploração adotada pela concessionária, haverá reflexos nos valores da outorga variável, ônus de fiscalização e percentuais mínimos a serem pagos aos apostadores, todos montantes que possuem como componente do cálculo a receita da concessionária.

Nega, ainda, a existência de enfoque na obtenção de receitas acessórias, na medida em que o projeto referencial sequer leva em consideração o auferimento de montante da espécie na concessão.

Frisa que cabe à iniciativa privada identificar oportunidade nos pontos em que o Poder Público não visualizou, sendo o que motiva a flexibilidade do projeto, de modo a alinhar os interesses das partes envolvidas e gerar mais ganhos em prol das causas sociais.

Quanto à ventilada impossibilidade de implementação de plano de jogos responsável, repisa que a concessionária não será obrigada a implantar ponto de venda físico não dedicado se não o desejar, destacando, ainda, que existem diversas formas de incentivar referida conduta, inclusive porque será



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



objeto de plano a ser entregue pela contratada como medida de conscientização da sociedade previamente ao consumo dos produtos.

No que atine à fiscalização, rememora que será necessário que a concessionária apresente providências para combate à ludopatia, não havendo pertinência nas alegações de direcionamento.

Consigna que a responsabilidade nesse aspecto, em termos de alocação de riscos, é da concessionária, não subsistindo riscos de prejuízo financeiro ao Estado.

Assegura que o poder concedente, por meio de suas políticas públicas, também atuará para incentivar o jogo responsável.

Entre outras ponderações, deduz que ao longo do processo de estruturação do projeto, em sede de audiência pública e pedidos de esclarecimentos, não se identificaram posições significativas no sentido de que os percentuais de payout mínimo teriam sido equivocados ou que os patamares exigidos a título de outorga variável tornariam inviável o modelo de exploração de determinado interessado na licitação.

Reforça que os custos previstos são referenciais e não vinculam a vencedora do torneio.

Alega que os valores de outorga fixa e variável não foram questionados durante toda a estruturação do projeto, estando em consonância com aqueles apresentados no âmbito dos estudos entregues no chamamento público.

Sublinha que não faz sentido defender que o projeto referencial preveja custos incorridos apenas em outro modelo de exploração.

xvi) Incidência tributária

Ressalta que o atendimento à legislação constitui obrigação alocada à concessionária, incluindo a interpretação das normas aplicáveis, razão pela qual cabe aos interessados, com exclusividade, avaliar a forma de tributação sobre as



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



atividades que serão desempenhadas, independentemente do constante do projeto referencial.

Assim, sustenta que a compreensão conferida pelo poder concedente a esse propósito não desnatura a alocação de ricos e responsabilidades do contrato, competindo aos próprios licitantes, por sua conta e risco, o planejamento tributário da SPE.

A despeito disso, sustenta que não parece razoável a interpretação franqueada no sentido de que as definições adotadas pelo contrato para o conceito de arrecadação possuem relevância para a incidência de exações sobre os serviços prestados, tendo em vista que a convenção entre as partes jamais é suficiente para modificar a relação com as autoridades fiscais.

De mais a mais, declina que o fato de a legislação do PIS/COFINS e do ISSQN não admitir o reconhecimento de créditos em função de repasse a terceiros ou o desconto de tal quantia da base de cálculo dos tributos, não significa, por si só, que deva ser considerada a integralidade da arrecadação da contratada como base de cálculo dessas figuras, que apenas incorporará o que puder ser considerado como efetiva receita (no caso do PIS/COFINS) ou verdadeiro valor relacionado à prestação dos serviços (no caso do ISSQN).

Em favor de sua compreensão, cita julgados do Supremo Tribunal Federal e do CARF.

Pondera que não haveria razão jurídica para defender que, exclusivamente em razão das definições usadas no contrato para os conceitos de arrecadação e receita, a incidência tributária passaria a ser distinta da adotada para serviços públicos equivalentes explorados pela União.

Recorda que, durante o Chamamento Público, não houve consenso entre os interessados quanto à base de cálculo para aplicação dos tributos mencionados, no entanto, apenas um defendeu a tese suscitada em sede de representação.



Reafirma a responsabilidade das interessadas em interpretar a legislação incidente.

xvii) Risco de renúncia de receitas e impactos de riscos contratuais

Acerca da carência de solicitação de bloqueio de apostas realizadas em ambiente virtual por pessoas que não estejam situadas no Estado de São Paulo, recusa a ocorrência de ilegalidade, porquanto tal circunstância não configura extrapolação da competência material para explorar o serviço público lotérico em seu território.

Com base em julgamento do STF, compreende legítimo o aproveitamento das atividades nos limites do que seja considerado como o local em que tais serviços são prestados, na forma da legislação vigente.

Explica que, para os serviços realizados em ambiente físico, basta que o estabelecimento prestador esteja situado no território do Estado para que se considere esse o âmbito de realização do serviço.

Em relação ao ambiente virtual, menciona que, independentemente do local em que situado o tomador, o serviço considera-se igualmente prestado *“no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador”*, do que decorre que, em sendo o domicílio fiscal da concessionária situado no território do Estado de São Paulo, o serviço pela internet será considerado prestado em solo paulista, igualmente cumprindo o requisito definido pelo Supremo Tribunal Federal, e pelo próprio artigo 2º, § 1º, do Decreto-Lei nº 6.259/1944, para legitimação da exploração do serviço público lotérico pelos Estados-membros.

Frisa que, com base na legislação vigente, no caso de serviços lotéricos comercializados em ambiente virtual, consideram-se prestados no local do estabelecimento do prestador, independentemente de onde situado o tomador, não se tratando de extraterritorialidade das atividades.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Pontua que a legislação citada para criticar essa opção data de época em que sequer havia comercialização virtual de produtos, motivo pelo qual tais disposições devem ser interpretadas em conjunto com as normas contemporâneas. Sublinha, nesse sentido, que a Lei Complementar Federal 116/2003 disciplina a questão (art. 3º).

Expõe que ainda não houve tempo para que os tribunais analisassem tal tema, após a decisão do Supremo Tribunal Federal, de sorte que o Estado de São Paulo “*paga o preço*” pela vanguarda no lançamento de projeto de concessão de loterias.

Contrapõe a argumentação de que a ausência de previsão desta circunstância no projeto referencial configura renúncia de receita, na medida em que eventual ganho da concessionária ecoará tanto na outorga variável quanto na fixa.

Afiança que a opção por modelagem conservadora na definição da demanda não impacta a apropriação de valores decorrentes de percepção distinta da concessionária quanto a eventuais vantagens oriundas do alcance extraterritorial dos produtos paulistas. Pelo contrário, entende que inadequada seria estimativa de demanda otimista em excesso, que implicaria outorga fixa mínima restritiva.

No mais, pondera que a falta de previsão de bloqueio de apostadores localizados fora do território do Estado não impede que a concessionária o faça, caso entenda ser a inteligência apropriada da legislação.

xviii) Alocação desproporcional de riscos

Sobre o tema, declara que, apesar de a atividade lotérica constituir formalmente um serviço público, não possui natureza pública, sendo dotado de características mais próximas de uma atividade econômica, sem que se submeta à lógica de remuneração da concessionária por tarifas reguladas.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Assim, continua, a ocorrência de eventos externos que impactem os preços cobrados pode ser livremente repassada aos usuários apostadores, de modo que, como a concessionária não está obrigada a internalizar circunstâncias que interfiram nos valores, justifica-se a alocação em desfavor dela de determinados riscos.

Favorece, a seu ver, essa delimitação a considerável liberdade conferida para definição do modelo de negócio, à qual se atrelam riscos mais bem gerenciados pela concessionária.

Ressalta que se adotou como premissa a exclusividade da concessionária na exploração dos serviços lotéricos em âmbito estadual, não havendo qualquer proteção em caso de advento de outras atividades da espécie nos demais entes federados, de sorte que se está em ambiente potencialmente concorrencial.

Justifica-se, desta forma, em seu modo de entender, a alocação à concessionária dos riscos tributários, de demanda, de alterações na legislação tributária e de determinações estatais de caráter geral.

Em relação ao previsto no inciso I da Cláusula 22.1, cita que a eventual perda de receita poderá ser contornada pela imposição de preços mais altos para os demais produtos ou pela concentração de esforços em outras modalidades, sem embargo de poder exercer a prerrogativa de rescisão unilateral do contrato.

Acerca do inciso II da mesma previsão, anota que a contratada poderá, mediante anuência do poder concedente, explorar nova modalidade lotérica autorizada por legislação federal, sendo que, caso tal hipótese não se concretize, haverá repasse nos preços cobrados pelos produtos.

Destaca que o poder concedente não possui ingerência sobre a edição de atos normativos federais, assim como que inexistente vedação legal ou impedimento à alocação contratual de riscos, mesmo em relação aos



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



extraordinários, à luz do disposto no artigo 65, inciso II, alínea “d”, da Lei Federal n.º 8.666/93.

Rebate a assertiva que aponta impedimento à operação livre das modalidades lotéricas em razão do projeto referencial e respectivos custos diminutos, realçando que nenhuma interessada sustentou algo nesse sentido durante a estruturação do modelo.

Aduz ser inerente à exploração do serviço lotérico eventual dificuldade em aumentar os preços das apostas por não se tratar de serviço essencial à população, não cabendo, contudo, ao Estado salvaguardar a operação da concessionária por intermédio de alocação de riscos que implicaria desembolsos de recursos públicos cada vez que novo competidor surgisse no mercado.

xix) Acelerada modelagem e prerrogativa de revisão de premissas

Chama a atenção para a inexistência de imposição legal de prazo mínimo de estruturação de projetos, assim como para a falta de demonstração de conexão do lapso despendido para tal finalidade com qualquer das supostas falhas aventadas.

xx) Consulta e audiência públicas

Lembra que não há disposição normativa que imponha a realização de consultas públicas em pretensões de contratação da espécie, corporificando matéria discricionária.

Acrescenta que, ainda que inaplicável, no caso, a Lei Federal n.º 14.133/2021, tal diploma apenas faculta a realização da aludida providência, segundo juízo da Administração.

Destaca que efetuou audiência pública, em cumprimento ao disposto no artigo 39 da Lei Federal n.º 8.666/93, à vista do vulto da licitação, consignando a adequação da consecução do encontro antes da publicação do edital, com o



intuito justamente de coletar subsídios para a elaboração da minuta final do instrumento.

xxi) Erros formais

Confessa os erros apontados no edital de licitação, mas declina que tais falhas foram elucidadas em respostas a pedidos de esclarecimentos.

Destaca que os equívocos de natureza formal não possuem qualquer impacto na competitividade do certame ou na formulação das propostas, tampouco desrespeitam os princípios da publicidade e da transparência.

xxii) Sondagens após a publicação dos documentos licitatórios

Pondera que as sondagens mercadológicas realizadas no bojo do projeto, das quais participou a própria impugnante da matéria, corporifica diálogo e fórum de apresentação de contribuições e dúvidas acerca dos documentos da licitação, facultada a qualquer interessado mediante agendamento.

Assegura que não se realizaram debates sobre preços durante as reuniões, assim como que tais encontros não se amparam no artigo 15 da Lei Federal n.º 8.666/93, uma vez que não se trata de compra pontual pelo Estado, mas de pretensão de outorga de concessão.

Enaltece a importância da sondagem de mercado para o desenvolvimento de projetos competitivos para a iniciativa privada.

xxiii) Respostas aos pedidos de esclarecimentos e ausência de apreciação dos pedidos de prorrogação

Garante que as respostas aos pedidos de esclarecimentos foram publicadas tempestivamente, juntamente com o Relatório de Aproveitamento de PMI e Pesquisa Quantitativa Paraná Pesquisas.

Chama a atenção para o fato de todos os pleitos de elucidação terem sido apresentados no último dia disponível, de modo que sobrou à Administração apenas 7 (sete) dias úteis para processar, analisar e responder mais de duas



centenas de pontos, fora o tempo necessário para fazer frente às impugnações protocolizadas e aos preparativos para a abertura do torneio.

Nesse cenário, o órgão promotor do certame valeu-se da prerrogativa de usar todo o prazo necessário para responder adequadamente aos pedidos.

Acerca da suposta insuficiência da resposta à parte dos pleitos, salienta que tais solicitações ensejavam resposta binária, no sentido de confirmar ou refutar o entendimento apresentado.

Explica que, caso o tema abordado seja complexo ou muito questionado, a Administração pode compreender que é necessário ofertar esclarecimentos adicionais. Entretanto, assevera que não é o local adequado para justificar opções de modelagem ou para especular excessivamente quando uma resposta simples é suficiente, sendo comuns retornos no sentido de que certo entendimento está – ou não – correto.

Adiciona que as súplicas de dilação de prazo ainda estavam em análise, razão pela qual a ausência de resposta não implica falta de exame dos pedidos. Como não se equiparam a pleitos de esclarecimentos, continua a defesa, estava a critério do Estado a definição do momento correto para respondê-los.

xxiv) Previsão de subcontratação

Sobre a crítica que incide sobre a possibilidade de subcontratação de atividades inerentes à concessão, lembra que a cláusula contratual espelha a redação do artigo 25, § 1º, da Lei Federal n.º 8.987/95, não acarretando admissão de terceirização total do objeto, em burla à licitação, tampouco caracterização de subconcessão dos serviços.

Sustenta que a atividade principal delegada não poderá, em nenhuma hipótese, ser subcontratada, devendo a concessionária permanecer responsável pela gestão e administração da concessão e pela fiscalização da prestação dos serviços.



xxv) Cobrança de valores desproporcional e desarrazoada

Sublinha que a vedação ao *bis in idem* possui incidência restrita ao âmbito da aplicação de sanções e penalidades, motivo pelo qual não há impedimento para que a outorga variável e o ônus de fiscalização sejam calculados sobre a mesma base.

Diferencia as funções e obrigações do poder concedente e do verificador independente, asseverando que as atividades desempenhadas por este não substituem ou coincidem com àquelas cumpridas por aquele.

No mais, salienta que as certificações internacionais sugeridas serão exigidas ao longo da execução contratual, opção da modelagem adequada.

xxvi) Exigência de capital social mínimo

Registra que o edital não faz exigência de capital social integralizado mínimo como requisito de qualificação econômico-financeira, mas apenas de oferta de garantia de proposta e demonstração de piso de patrimônio líquido.

Acrescenta que a impugnação se confunde ao reputar como quesito da habilitação condição de assinatura do contrato, concernente ao capital social da sociedade de propósito específico constituída para a exploração do objeto da concessão, sendo devida integralização no valor mínimo de R\$ 18.372.240,00.

Nega a ocorrência de irregularidade, o que compreende ser inteligível a partir da leitura de qualquer dos julgados citados na representação, consignando, ademais, que a cumulação das demandas de patrimônio líquido mínimo e garantia da proposta é admitida pela Súmula n.º 27.

xxvii) Sistemática de funcionamento das contas

Refuta a alegação de ilegalidade no que diz respeito ao funcionamento das contas, à mingua da apresentação de qualquer fundamento jurídico para tal finalidade.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Relatando que a minuta do contrato de concessão deve ser lida em conjunto com anexos do edital e respostas a pedidos de esclarecimentos, menciona que o futuro concessionário deverá praticar todos os atos necessários para creditar diretamente na conta centralizadora a totalidade dos recursos decorrentes da arrecadação.

Consigna que o Anexo 15 determina que o futuro contratado deverá notificar todas as partes envolvidas no pagamento, depósito, intermediação ou transferência da arrecadação, incluindo as empresas e operadoras que realizam tarefas relacionadas ao auferimento da arrecadação, com vistas a instruir os interessados sobre o depósito da totalidade dos valores devidos diretamente na conta centralizadora, sem quaisquer compensações, descontos, retenções ou formas de redução.

Segue elucidando que, na hipótese de recebimento direto pelo futuro concessionário de valores relacionados com a arrecadação, o anexo citado concede prazo de 2 (dois) dias, a contar do recebimento, para providenciar o depósito dos valores na conta centralizadora.

Informa que foram divulgados em sede de pedidos de esclarecimentos os elementos para determinação do valor da conta garantidora de prêmios (R\$ 42.233.208,66), na seguinte conformidade:

- a. Foi determinado o Payout médio de 58%. A determinação do payout médio é o resultado entre a divisão do payout previsto no modelo referencial pela arrecadação prevista no modelo referencial, sendo que os dois valores foram calculados considerando o prazo de 20 anos da concessão.
- b. Foi determinado o prazo para o pedido da premiação pelo apostador, sendo este 90 dias, ou seja, 3/12 de um ano.
- c. O valor a ser depositado na conta corresponde ao resultado do produto entre 3/12, 58% e a arrecadação do primeiro ano previsto no modelo referencial. Esse é o valor a ser depositado na conta garantidora.

Com relação à sistemática de movimentação de contas, sublinha que o aludido anexo detalha as hipóteses em que deverá ser efetivada pelo banco depositário a pedido do poder concedente.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Anota que a conta reserva será gerida pela futura concessionária, considerando-se as exigências de saldo e movimentação do item 5 do Anexo 14.

Rememora que foi explicitado, em resposta a esclarecimentos, que deverão ser repassados à conta de payout os recursos necessários ao pagamento dos prêmios previstos para as apostas já comercializadas, cujo sorteio ou evento equivalente ainda não tenha sido realizado. A esse propósito, realça que a previsão de valor a ser repassado a tal conta deverá considerar a estimativa de payout para cada produto lotérico, conforme previsto no respectivo plano de jogos.

Aduz que as opções adotadas são justificadas pelo fato de a exploração dos serviços lotéricos envolver arrecadação de vultoso volume de recursos financeiros dos apostadores, parcela do qual deve ser destinada ao pagamento de prêmios, ao poder concedente e à tributação, cenário do qual resulta que apenas fração reduzida dos valores auferidos é destinada à própria concessionária.

Assim, assinala que constitui preocupação a nortear projeto desta natureza o controle dos montantes envolvidos na concessão, buscando garantir que os recursos arrecadados sejam reservados para pagamento dos valores devidos a terceiros, sem prejuízo de autorizar a livre movimentação da parte efetivamente endereçada à remuneração da concessionária e custeio das suas atividades.

Salienta, assim, não ser accidental a retirada da margem de gerenciamento dos recursos do puro alvedrio da concessionária, cuidando-se de mecanismo relevante de garantia de adequado emprego dos montantes auferidos nas finalidades da contratação.

Na mesma toada, alega inexistir ilegalidade na ordem de depósito, na conta centralizadora, do valor arrecadado a partir do momento da venda dos produtos lotéricos, o qual, consoante elucidado em sede de esclarecimentos, ocorrerá no momento do registro da comercialização na plataforma de gestão,



independentemente do efetivo repasse dos valores, à concessionária, pelos operadores dos pontos de venda.

Consigna que a juridicidade dessa determinação se deve ao fato de competir à própria concessionária a gestão contratual e financeira na sua relação com seus subcontratados, inclusive na definição de prazos e diretrizes para o repasse dos recursos arrecadados, além de ser a plataforma de gestão a via precípua de fiscalização da venda de produtos lotéricos, de modo que é a partir do registro que deverá ser considerada como ocorrida a comercialização.

xxviii) Problema no objeto do contrato

Reporta-se à censura no sentido de que o *“grande problema do edital publicado está na elaboração de um texto que comprime no mesmo espaço os postulantes nos serviços de loteria com serviços financeiros”*, para confessar que não conseguiu compreender a impugnação.

A título de informações adicionais, noticia a situação das ações judiciais que chegaram ao conhecimento da Secretaria.

Ao final, requer sejam julgadas improcedentes as representações, autorizando o prosseguimento do certame.

Procuradoria da Fazenda do Estado pronuncia-se pela **improcedência** dos reclamos.

Assessoria Técnica, sob os enfoques econômico e jurídico, Chefia de ATJ e Ministério Público de Contas manifestam-se pela **procedência parcial** das representações.

Secretaria-Diretoria Geral, de sua vez, igualmente oferta parecer pelo **acolhimento parcial** das reclamações, compreendendo, contudo, *“ser inviável o prosseguimento do certame nos moldes em que projetado pela Administração Estadual”*.

É o relatório.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 06/07/2022 – SECÇÃO ESTADUAL

EXAMES PRÉVIOS DE EDITAL

Processos: TC-008544.989.22-1, TC-008622.989.22-6, TC-008769.989.22-9 e TC-008936.989.22-7.

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

Madrona Sociedade de Advogados;

IGT Global Services Limited e Scientific Games Szerencsejáték Szolgáltatások; e

Intralot do Brasil Comércio de Equipamentos e Programas de Computador Ltda.

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); Rodrigo Machado Moreira Santos (OAB/SP n.º 304.611); Lucas Fantini Buonamici (OAB/SP n.º 400.973); Felipe Martins Zaratini (OAB/SP n.º 391.036); Lívia Cassanti Mosca (OAB/SP n.º 452.806); 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);



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



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); Claudio Coelho de Souza Timm (OAB/DF n.º 16.885); Bonifacio Jose Suppes de Andrada (OAB/MG n.º 128.391); Caio de Souza Loureiro (OAB/SP n.º 250.609); Filipe Camponez Brambilla (OAB/ES n.º 35.442); Gabriel Ene Garcia (OAB/SP n.º 391.281); José Augusto Dias de Castro (OAB/RS n.º 59.337); Laís Yamashita (OAB/SP 452.783); Marcelo Barbosa de Castro Zenkner (OAB/ES n.º 31.309); Thalles Andrade Leite (OAB/DF n.º 50.403); Thayane Costa Geraldo Bordallo (OAB/DF n.º 49.876); Leonardo Guimarães (OAB/MG n.º 70.020), Marcello Augusto Lima Vieira de Mello (OAB/MG n.º 80.922), Ronan Leal Caldeira (OAB/MG n.º 122.245), Heloína Lucas Miranda (OAB/MG n.º 141.349), Maria Carolina Torres Sampaio (OAB/MG n.º 103.400), Sara França (OAB/MG n.º 208.838), Pedro Francisco da Silva Almeida (OAB/MG n.º 196.941), Pedro Henrique Diniz Gomes de Medeiros (OAB/MG n.º 209.040), Marina Souza Trindade (OAB/MG n.º 175.559), Igor Pacheco de Freitas (OAB/MG n.º 86.273), Mariana Ellen Silva Leite Gracio (OAB/SP n.º 391.338), Helder Felipe Fonseca Damasceno (OAB/SP n.º 449.801) e Victor Meireles Faria (OAB/SP n.º 459.653).

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



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



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.

EMENTA: EXAMES PRÉVIOS DE EDITAL. CONCESSÃO DE SERVIÇOS LOTÉRICOS. PROJETO REFERENCIAL DEFICIENTE. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÃO DE ANULAÇÃO.

Conjunto de impropriedades enseja ampla revisão dos estudos de viabilidade econômico-financeira, em atenção ao disposto no artigo 18, inciso IV, e ao artigo 21 da Lei Federal n.º 8.987/95, a fim de que seja elaborado documento que consolide, de forma completa e apropriada, as premissas e os dados da concessão, do qual poderá ser extraído projeto, devidamente embasado, para nortear a formulação das propostas.

Senhor Presidente, Senhores Conselheiros, Senhor Procurador do Ministério Público de Contas, Senhor Procurador da Fazenda do Estado,

A Secretaria de Orçamento e Gestão lançou o presente edital com vistas a conceder a exploração dos serviços lotéricos autorizados por legislação federal no âmbito do Estado de São Paulo.

A gênese do anseio de contratação remonta ao julgamento pelo Supremo Tribunal Federal das ADPFs 492 e 493, ajuizadas, respectivamente, pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro e pela Associação Brasileira de Loterias Estaduais, questionando a recepção pela atual ordem constitucional dos artigos 1º e 32, *caput*, § 1º, do Decreto-Lei n.º 204/67³.

³ Decreto-Lei 204/1967

Art 1º 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.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Na mesma oportunidade, foi julgada a ADI n.º 4.986, proposta pelo Procurador-Geral da República, contra dispositivos de lei e decreto do Estado do Mato Grosso do Sul, que disciplina na esfera daquele ente o aproveitamento das modalidades de loterias.

Em 30/09/2020, por unanimidade, a Corte Suprema julgou procedentes as ações de descumprimento de preceito fundamental, para declarar não recepcionados pela Magna Carta os artigos alvejados do Decreto-Lei n.º 204/67, assim como improcedente os pedidos formulados na ação direta, tudo nos termos do voto do Ministro Relator Gilmar Mendes.

Na ocasião, assentou, em linhas gerais, que a exploração de loterias possui natureza jurídica de serviço público, regida, destarte, pelo artigo 175, *caput*, da Constituição Federal⁴, afastando-se, por esse motivo, a possibilidade de qualificá-la como atividade econômica em sentido estrito.

Delimitou, também, que os artigos 1º e 32 do Decreto-Lei n.º 204/1967, por instituírem exclusividade da União na prestação dos serviços lotéricos, acabam por indevidamente esvaziar a competência material subsidiária dos Estados para a realização de serviços públicos não reservados expressamente para exploração da União, razão pela qual, ao esbarrar no artigo 25, § 1º, da Constituição Federal⁵, tais disposições não foram recepcionados pela ordem constitucional.

Assegurou, ainda, que a competência privativa da União para legislar sobre sistemas de consórcio e sorteios, nos moldes do artigo 22, inciso XX, da

[...]

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

§ 1º As loterias estaduais atualmente existentes não poderão aumentar as suas emissões ficando limitadas às quantidades de bilhetes e séries em vigor na data da publicação dêste Decreto-lei”.

⁴ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

⁵ 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.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Magna Carta⁶, assim como a orientação da Súmula Vinculante n.º 2⁷ não interditam a competência dos Estados para explorar as atividades lotéricas.

No mais, definiu que as normas estaduais instituidoras de loterias devem apenas possibilitar a consecução da competência material de realização de serviço público de titularidade dos Estados, com a expressa ressalva de que cabe apenas à União definir as modalidades lotéricas passíveis de exploração.

Nessa conformidade, verifica-se que o reconhecimento da não recepção pela Constituição da República de 1988 das normas federais que impediam o aproveitamento econômico das atividades lotéricas pelos Estados – ou a sua ampliação por aqueles entes que exploravam tais serviços na oportunidade da edição do Decreto-Lei – acabou por viabilizar relevante espaço para a obtenção de novas receitas pelos governos estaduais, que podem explorar diretamente ou conceder tais serviços à iniciativa privada.

Eis o pano de fundo do edital em apreço.

A instituição e exploração da Loteria Estadual de São Paulo foi autorizada pelo artigo 15 da Lei Estadual n.º 17.386, de 14 de julho de 2021, tendo o Decreto n.º 66.524, de 23 de fevereiro de 2022, permitido a abertura de licitação para a concessão da prestação dos serviços públicos lotéricos em solo paulista.

No entanto, consoante amplamente demonstrado na instrução dos feitos, observa-se que o projeto que serve de baliza para nortear a compreensão das premissas do empreendimento não possui a robustez e suficiência que se esperam em concessão de tamanha envergadura.

De fato, ainda que ponderadas as dificuldades experimentadas para

⁶ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XX - sistemas de consórcios e sorteios;

⁷ *Súmula vinculante 2*

Enunciado

É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



o desenho de protótipo de concessão com considerável grau de ineditismo, permeada por dúvidas jurídicas intrínsecas à recente possibilidade de deflagração do certame, não se pode cancelar que documento impregnado de sérias deficiências norteie o procedimento competitivo, máxime por buscar ensejar pactuação com expectativa de duração de duas décadas.

A esse propósito, a Assessoria Técnica, sob o enfoque econômico-financeiro, no que foi acompanhada pelos diversos órgãos que atuaram nos feitos, com exceção da Procuradoria da Fazenda do Estado, cataloga inúmeras falhas que denotam a fragilidade do “Projeto Referencial” que ilustra a idealização da concessão e serve de inspiração para a formulação das propostas, a seguir sumarizadas.

De início, referido documento sequer consta como anexo do edital, tendo se inspirado em modelos de delegação à iniciativa privada apresentados por interessadas em chamamento público previamente convocado para tal finalidade⁸.

Ocorre que não se localiza a reunião em um único estudo de viabilidade econômico-financeira de todas as premissas, informações e dados ofertados pelas empresas do setor, com aptidão para lastrear o aludido projeto referencial, o qual, segundo a Assessoria especializada, apresenta-se *“superficial e precário, por abrigar elementos e parâmetros desconexos e fragmentados, extraídos ora de uma fonte ora de outra, não viabilizando a exata compreensão das variáveis envolvidas no objeto da concessão”*.

Aludida constatação sinaliza, de plano, a procedência da queixa que aponta a falta do detalhamento adequado em estudo técnico que embase a estipulação do valor estimado dos investimentos (R\$ 727.831.000,00) e do montante mínimo de outorga fixa (R\$ 313.503.628,86), componentes do valor estimado do contrato (subitem 3.1 do edital – R\$ 1.041.334.628,86).

⁸ Foram apresentados, segundo consta do portal, estudos pelos seguintes interessados: i) AM & FPA Comércio, ii) BR LOT; iii) Consórcio AN&U e GBSA; iv) Consórcio IGT e SG; v) Consórcio Lotesp; vi) NGT Brasil; vii) Consórcio RGB SXS; viii) Consórcio SP Lotto; ix) Fundac; x) Hebara; e xi) Intralot do Brasil.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Vale esclarecer, antes de prosseguir, que o projeto referencial enumera os seguintes canais de venda:

- a) PDVs dedicados – têm como principal atividade a venda física de produtos lotéricos, a exemplo de casas de jogos ou agências lotéricas;
- b) PDVs não dedicados – disponibilizam a venda de produtos lotéricos como atrativo para o estabelecimento, mas não como atividade principal, como padarias, supermercados, postos de combustível; e
- c) portal da internet e aplicativos para celulares.

Em referido documento, são esclarecidas as premissas estipuladas para os investimentos: com exceção de um único ponto de venda físico dedicado no município de São Paulo, todos os PDVs serão não dedicados, formados ou por um totem ou por um aparelho POINT OF SALE (POS), com ao menos um em cada município e quantidade máxima instalada até o sexto ano da concessão.

A Assessoria especializada anota, a esse respeito, a impossibilidade de encontrar a fonte da estimativa de investimentos do Portal da Internet e dos canais virtuais (total de R\$ 76.800.000,00) e de cada aparelho POS (R\$ 1.000,00), assim como de compreender “o raciocínio empreendido para a apuração dos reinvestimentos dos totens/POS e dos sistemas de operação e gestão virtuais”.

Não se localiza, ainda, a origem para a quantidade estipulada de 18.721 PDVs (pontos de venda), havendo sérias dúvidas sobre a adequação dos investimentos necessários para a consecução das atividades:

No que tange à crítica de que o quantitativo de PDVs indicado no “Projeto Referencial” seria insuficiente para atender à população adulta do Estado de São Paulo, de maneira imediata é possível afirmar apenas que a fonte originária da estimativa de 18.721 PDVs é um enigma, omissão que dificulta a análise acerca de sua conformidade.

Ainda que seja admissível o argumento de se conferir a mais ampla liberdade à iniciativa privada na escolha da modelagem



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



operacional, a Administração não pode se abster de informar qual a lógica empreendida para se estabelecer os valores e/ou quantidades referenciais utilizados na elaboração do instrumento convocatório, mormente a considerar que são elementos essenciais à definição do valor mínimo da outorga fixa e à elaboração do plano de negócios.

Observe-se que a quantidade de PDVs está condicionada ao enfoque dado em cada estudo à estimativa de apostadores no Estado de São Paulo e à estratégia comercial e, por isso, diversas foram as conclusões acerca da quantidade de PDVs: (i) AM & FPA Comércio: 21.253 PDVs, implantados ao longo de 5 anos; (ii) Consórcio AN&U/GBSA: 16.000 PDVs, modelo simplificado, e 100 PDVs, especiais; (iii) Consórcio IGT-SG: 10.000 PDVs até o ano 3, sendo 6.700 no ano 1; (iv) Consórcio LOTESP (Cenário A): 45.133 PDVs, quantia a ser atingida no 5º ano (1PDV/1.000 habitantes); (v) Consórcio NGT: 3.222 PDVs no ano 1 até atingir 5.108 PDVs no ano 10 (9,23 milhões de apostadores); (vi) Consórcio RGB SXS: 6.225 PDVs (com base nos clientes de título de capitalização); (vii) Consórcio SP LOTTO: 42.000 PDVs; (viii) HEBARA: 41.392 PDVs; e, (ix) INTRALOT: implantação inicial de 2.625 PDVs, atingindo 16.648 PDVs em 5 anos e 18.586 PDVs até o final da concessão.

A amplitude dos resultados inviabiliza qualquer tentativa de análise sobre a quantidade de PDVs necessária ao atendimento da demanda, revelando-se igualmente uma incógnita o volume necessário de investimentos para a consecução do objeto da concessão.

Ademais, tal é o conjunto de informações desencontradas no “Projeto Referencial” que, a considerar o número de apostadores extraído do estudo do Consórcio NGT, o quantitativo de PDVs não ultrapassaria 5.108 e, se fosse o do estudo do Consórcio SP Lotto, alcançaria 42.000 PDVs, isto é, o quantitativo de 18.721 PDVs não guarda coerência nem mesmo com as premissas informadas pela Administração.

É de se atentar que os investimentos estão intrinsecamente relacionados à projeção dos canais de venda, não sendo possível estabelecer nenhuma espécie de uniformidade ou padrão entre os estudos: (i) AM & FPA: R\$ 1,9 bilhões para 15 anos de concessão; (ii) Consórcio AN&U/GBSA: R\$ 121 milhões (R\$ 96 milhões em modelo simplificado e R\$ 25 milhões em modelo especial); (iii) Consórcio IGT-SG: R\$ 60 a R\$ 90 milhões em 15 anos; (iv) Consórcio LOTESP (Cenário A): R\$ 3,5 bilhões em 20 anos; (v) Consórcio NGT: R\$ 207 milhões em 20 anos; (vi) Consórcio RGB SXS: R\$ 27,3 milhões; (vii) Consórcio SP LOTTO: R\$ 801,16 milhões, com reinvestimentos; (viii) HEBARA: R\$ 790 milhões em fase pré-operacional; e, (ix) INTRALOT: R\$ 1,6 bilhões, incluídos os gastos pré-operacionais e reinvestimentos.

Não obstante o descritivo da modelagem operacional da BR LOT ser o que mais se aproxima do consignado no instrumento



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



convocatório, a empresa foi a única que se absteve de realizar projeções de PDVs e estimativa de investimentos, constando a seguinte observação no “Sumário Executivo”: “Fora do escopo dos estudos desenvolvidos”.

Afora esses aspectos, a Assessoria Técnica sinaliza diversos pontos que colocam em xeque a opção do Governo do Estado por privilegiar a comercialização em ambiente virtual e soluções através de totens/POS, retratada pelos investimentos obrigatórios eleitos na minuta contratual, que exigem a instalação de plataformas de venda e de gestão das apostas, mas impõem unicamente a implantação de um único ponto de venda físico dedicado no município de São Paulo⁹.

Em linhas gerais, abstraindo-se particularidades que serão tratadas por ocasião do exame da qualificação técnica, aponta a Assessoria a falta de histórico considerável de comercializações por canais virtuais, que corresponde a apenas 3% a 4% das vendas da Caixa Econômica Federal, acrescentando que a receita assentada exclusivamente nessa opção poderia resultar em R\$ 2,5 bilhões (inferior em R\$ 11,7 bilhões em relação ao estimado no projeto referencial); e a indevida abertura para a implantação de solução tecnológica em caráter experimental, deixando de ter cautela na exploração, a desconsiderar que os apostadores se concentram nas faixas C, D e E.

Pois bem, a definição de quais investimentos serão obrigatórios durante a execução da avença insere-se na discricionariedade administrativa e, no caso em questão, prestigia a liberdade para a atuação da concessionária, que pode empregar outros recursos na forma que melhor privilegiar a arrecadação, a qual refletirá em verbas mais expressivas a título de outorga variável. Inclusive, essa flexibilização permitirá que, caso haja maior disseminação dos meios

⁹ CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA – DOS INVESTIMENTOS OBRIGATÓRIOS

16.1 Serão considerados INVESTIMENTOS OBRIGATÓRIOS os seguintes investimentos: I. implantação da PLATAFORMA VIRTUAL e da PLATAFORMA DE GESTÃO, nos termos do ANEXO 3; e

II. implantação de um PONTO DE VENDA DEDICADO no município de São Paulo, nos termos do ANEXO 3.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



tecnológicos na cultura dos apostadores, haja maior facilidade para a adaptação das atividades da concessionária à nova conjuntura.

Cabe anotar, por oportuno, que a previsão de realização de apostas por meio de totens ou ambiente virtual não exonera a concessionária da obrigação de incentivar o jogo responsável e impedir o acesso de menores às atividades, de sorte que as queixas a esse respeito são improcedentes.

De todo modo, essa margem de definição não subtrai do Estado o dever de conceber documento balizador da concessão que contemple adequadamente dispêndios necessários para a realização de apostas também em meio físico, valendo consignar que o próprio projeto referencial indica que *“85% dos apostadores preferem utilizar canais físicos para realização de apostas”*.

Nessa perspectiva, a manifestação da Assessoria especializada no sentido de que é essencial que a Administração:

[...] estabeleça a linha mestra da exploração dos serviços lotéricos, a fim de se mitigar as severas discrepâncias existentes entre as modelagens sugeridas pelas empresas do segmento de mercado e, assim, fazer contemplar nesse estudo todos os tópicos necessários à plena compreensão do objeto da concessão, dentre esses pontos os relativos à quantidade e à estruturação dos canais de venda, presencial ou virtual, pois a obrigatoriedade de implantação de apenas um único PDV Dedicado não se apresenta condizente com a realidade da prestação de serviços lotéricos, ainda mais, levando-se em consideração a perspectiva de se conferir visibilidade à Loteria do Estado de São Paulo e de fomentar a atividade econômica, por meio da geração de empregos e estímulo aos comércios locais.

Cabe fazer uma única ressalva.

Não se está a dizer, com isso, que a minuta contratual e o anexo de encargos da concessão não podem fazer distinção entre investimentos obrigatórios e facultativos, inclusive no sentido de privilegiar serviços virtuais ou aparelhos sem intermediação humana, a concretizar opções discricionárias da Administração e conferir mais dilatada margem para atuação da concessionária.

No entanto, não é adequado endossar que o projeto referencial deixe



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



de retratar, da forma mais aproximada possível, segundo a realidade atual do mercado lotérico e o hábito dos apostadores, o efetivo potencial de arrecadação e, em especial, de despesas da concessão, aspecto que ficou prejudicado em razão do recorte provocado pela modelagem proposta pela Administração, não conferindo segurança a diversos parâmetros estipulados no edital (outorga fixa, investimentos, valor contratual, entre outros).

Em acréscimo, cabe ressaltar a impropriedade da adoção de referência para comissão de vendas em meio físico incompatível com tal forma de comercialização, consoante explicado pela Assessoria Técnica:

Com referência ao valor da comissão de vendas indicado no “Projeto Referencial”, de 3% sobre o valor da arrecadação para vendas físicas, de fato, o percentual se apresenta discrepante ao fixado pelo Circular Caixa 847, de 05/02/2019. A comissão dos lotéricos é determinada em 8,61% da renda bruta na venda das apostas realizadas nas unidades lotéricas.

Note-se que o valor de até 3,11% corresponde à “Comissão Canais Eletrônicos”, paga aos lotéricos sobre a arrecadação total de cada concurso nos canais eletrônicos, conforme as vendas em suas lojas, percentual que faz parte do custeio das despesas operacionais determinado em 9,57%. Vale dizer, o “Projeto Referencial” está atribuindo à “Comissão de Vendas dos Lotéricos” o percentual destinado à “Comissão Canais Eletrônicos”, parâmetro que desincentiva a exploração através de canais físicos que, conforme alhures exposto, compreende a preferência de 85% dos apostadores, razão pela qual a reclamação é procedente.

Da mesma forma, não se vislumbra entre os custos operacionais indicação de certos gastos pertinentes às atividades presenciais. Além disso, subsiste falha, ainda que parcial, materializada pela omissão de estimativas para o pagamento a clubes e atividades esportivas a fim de fomentar parcela das modalidades de loteria, consoante manifestação da i. especialista desta Casa:

O exposto reconhecimento da Representada de que o “Projeto Referencial” não prevê a oferta de produtos lotéricos de forma física, a nosso ver, desnatura o objeto da concessão, que menciona a comercialização em ambiente físico e virtual, e torna procedente os reclamos quanto à falta de previsão de custos/despesas operacionais comuns na exploração dos produtos lotéricos, tais como, custos com impressão e estocagem e custos relativos as atividades logísticas (distribuição de jogo, recolhimento de bilhetes vendidos e devolvidos etc). Quanto à ausência de valores estimativos para o pagamento a clubes e



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



entidades esportivas, o argumento aduzido pela Representada de que não haveria porque considerá-los já que não houve estimativa de receitas provenientes da loteria de prognóstico específico – Timemania - e de apostas de quota fixa no “Projeto Referencial” é parcialmente verdadeira. A alegação é válida somente na parte que diz respeito às apostas de quota fixa, à medida que a União ainda não iniciou a exploração dessa modalidade de loteria. Já, no que concerne à loteria de prognóstico específico – Timemania, não há motivos para a ausência de estimativa de receitas dessa modalidade no “Projeto Referencial”, principalmente à vista que consiste em modalidade comercializada inclusive em ambiente virtual¹⁰, a exemplo do site da Sorte Online.

Em continuidade, controvérsia que assume especial relevo consiste na viabilidade ou não de que residentes de outros Estados realizem, em ambiente virtual, apostas na Loteria Paulista. Respostas a pedidos de esclarecimentos formulados denotam que a Secretaria entende possível esse aproveitamento em esfera nacional:

Favor esclarecer se o endereço descrito no item C deverá ser necessariamente no Estado de São Paulo ou se a Plataforma, por ser virtual, poderá permitir cadastro de usuários de outros Estados ou Países e, ainda, se os APOSTADORES dos jogos virtuais poderão fazer suas apostas de qualquer lugar ou, necessariamente, deverá haver rastreamento que garanta que as apostas estão sendo executadas por APOSTADOR situado em território Paulista?

Não há nenhuma exigência no Edital ou em seus Anexos quanto à localização do endereço que deva ser cadastrado na plataforma virtual, nem sequer obrigações da Concessionária de efetuar o rastreamento de apostadores.

Em relação ao objeto da concessão, os jogos lotéricos podem ser comercializados apenas no território do Estado de São Paulo ou em todo o Brasil? Caso haja a limitação territorial, a concessionária deve fazer a comprovação da existência de mecanismo que impeça a captação de apostas vindas de outros Estados do território brasileiro ou no exterior?

Qualquer aposta em meio físico deve ser realizada no território do Estado de São Paulo. Para as apostas em meio virtual, inexistente qualquer obrigação no Edital ou em seus Anexos de implantação de mecanismo de rastreamento da localização em que realizada a aposta.

A base normativa para tal compreensão, segundo a defesa da representada, recai sobre o artigo 3º da Lei Complementar Federal n.º 116/2003,

¹⁰ <https://www.sorteonline.com.br/timemania/como-jogar>.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, definindo que “o *serviço considera-se prestado, e o imposto, devido, no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXV [...]*”.

Anotando que o serviço lotérico não está enquadrado em nenhuma das exceções legais, assim como que a concessionária terá domicílio fiscal no Estado de São Paulo, conclui que as atividades relativas às apostas feitas na internet serão consideradas realizadas em território paulista, ou seja, no local do estabelecimento do prestador, independentemente de onde estiver situado o tomador.

Acontece que, como lembrado em sede de representação, subsistem no ordenamento jurídico disposições, não expressamente revogadas, que parecem interditar a abrangência sugerida pelo órgão promotor do certame, a limitar o aproveitamento de cada loteria estadual eventualmente existente ao âmbito do respectivo território:

Decreto-lei n.º 6.259/1944:

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.

§ 1º A loteria federal terá livre circulação em todo o território do país, **enquanto que as loterias estaduais ficarão adstritas aos limites do Estado respectivo.**

Decreto-Lei n.º 3688/1941 – Lei das Contravenções Penais

Art. 53. **Introduzir, para o fim de comércio, bilhete de loteria estadual em território onde não possa legalmente circular:**

Pena – prisão simples, de dois a seis meses, e multa, de um a três contos de réis.

Parágrafo único. **Incorre na mesma pena quem vende, expõe à venda, tem sob sua guarda, para o fim de venda, introduz ou tenta introduzir na circulação, bilhete de loteria estadual, em território onde não possa legalmente circular.**

Embora a Administração tente endereçar toda a discussão com fulcro na definição de local de prestação dos serviços da legislação do ISS,



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



desqualificando as disposições transcritas em vista da sua data de edição, décadas antes da disseminação de transações no ambiente virtual, fato é que se pode enxergar nessa legislação certa lógica de proteção ao princípio federativo, no sentido de preservar as receitas de cada ente do avanço da exploração lotérica dos demais.

Não se desconhece, para turvar ainda mais o cenário, a existência de inúmeras empresas sediadas no exterior que atuam em ambiente virtual captando apostas de brasileiros, em especial no âmbito das apostas esportivas, sem qualquer restrição territorial. Vale acrescentar, a propósito, que pode trazer alguma luz à matéria a regulamentação da Lei Federal n.º 13.756/2018, que alterou diversas normas, dispôs sobre o Fundo Nacional de Segurança Pública, criou a modalidade lotérica denominada de apostas de quota fixa relativas a eventos reais de temática esportiva, assim como disciplinou o produto da arrecadação das apostas nas diversas modalidades lotéricas. No entanto, a norma ainda não foi pormenorizada pelo Ministério da Fazenda, a quem cabe tal encargo.

Reconhece-se, assim, que a matéria possui contornos incertos, razão pela qual não se pode, em vista apriorística, censurar a opção da Secretaria de não proibir a comercialização de produtos lotéricos na internet para apostadores de fora do Estado de São Paulo.

Ocorre que, respeitada essa decisão, avulta mais uma grave falha no projeto referencial, porque os estudos realizados não incluíram receitas oriundas de comercialização virtual de apostas para pessoas situadas em outros Estados, focando exclusivamente nos recursos oriundos de residentes em território paulista, o que torna a previsão de arrecadação da concessão subdimensionada no projeto referencial.

O fato de o Estado ter garantida participação nos resultados por meio das outorgas variáveis incidentes sobre tais receitas não significa que a Administração possa apresentar, para nortear a licitação, levantamento incompleto e destoante das próprias premissas de exploração por ela idealizadas.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Dando continuidade, consoante a Assessoria Técnica, percebe-se omissão no que diz respeito à possibilidade de auferimento de receitas acessórias, assim como na evidenciação de conformidade da parcela de compartilhamento definida:

No que tange à arrecadação de receitas acessórias, embora o item 6.1¹¹ do edital permita a inclusão de receitas relacionadas a outros serviços para a elaboração da proposta de preços, consideramos procedente a crítica de que o edital e o “Projeto Referencial” não mencionam, nem a título exemplificativo, as espécies de serviços agregados que poderão ser exploradas pela concessionária nos PDVs e em ambiente virtual, não havendo, inclusive, demonstração acerca da adequação do percentual de compartilhamento de 10% dos valores auferidos em benefício do Estado de São Paulo.

Por fim, observa-se impugnação formulada por Madrona Sociedade de Advogados que sinaliza incorreção na premissa, estabelecida no subitem 4.5 do Projeto Referencial¹², de que a base de cálculo para efeitos de cobrança de ISS, PIS e COFINS corresponde ao resultado da diferença entre a arrecadação e o valor das premiações, denominado, no mesmo documento, como receita bruta operacional (ou netwin).

A consequência desse suposto erro seria, em síntese, a inviabilidade da concessão, chegando ao ponto, em um dos cenários sugeridos pela representante, de ensejar impossibilidade de cobrança de outorga fixa e, no limite, necessidade de pagamento de contraprestação pelo Estado em favor da concessionária.

¹¹ 6.1. Para a elaboração da PROPOSTA DE PREÇO e para a formação de seus lances, as LICITANTES deverão considerar que a CONCESSIONÁRIA terá o direito de cobrar valores dos APOSTADORES, seja a título de pagamento pelos PRODUTOS LOTÉRICOS ou relacionados a outros serviços como fonte de RECEITAS ACESSÓRIAS, observando os termos do CONTRATO e ANEXOS.

¹² 4.5. RECEITA BRUTA OPERACIONAL

A ARRECADAÇÃO do operador lotérico não corresponde à receita da CONCESSIONÁRIA no aspecto contábil, pois no valor da ARRECADAÇÃO está incluído o valor da PREMIAÇÃO a ser paga aos APOSTADORES GANHADORES. Assim, a receita da CONCESSIONÁRIA é a RECEITA BRUTA OPERACIONAL, resultado da diferença entre e a ARRECADAÇÃO e o valor da PREMIAÇÃO. Portanto, a receita da CONCESSIONÁRIA será contabilizada após o pagamento de PRÊMIOS. Vale ressaltar que a base de cálculo para ISS, PIS e COFINS será a RECEITA BRUTA OPERACIONAL. Os valores percentuais considerados para os tributos foram 5% para o ISS, 1,65% para o PIS e 7,6% para o COFINS.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Os fundamentos da compreensão da representante podem ser assim sumarizados:

- a) O Decreto Estadual n.º 66.524/2022 estipula que a receita operacional da concessionária corresponde àquela proveniente da comercialização de apostas físicas e virtuais¹³;
- b) A legislação de PIS e COFINS estabelece a incidência dessas exações *“sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil”*, a abranger, inclusive, *“todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica”*;
- c) O item 19.01 da Lei Complementar Federal n.º 116/2003 fixa que a base de cálculo do ISS é o preço do serviço, não admitindo qualquer exclusão desse valor, excetuada previsão em lei;
- d) O corpo principal, a minuta da futura avença e o Anexo 7 do edital, em contradição com o projeto referencial, indicam que todos os valores auferidos pela concessionária comporão suas receitas, motivo pelo qual a conceituação de receita bruta operacional não possui reflexos para fins tributários; e
- e) Com base em disposições da Lei Federal n.º 13.756/2018¹⁴, responsável por dispensa de tratamento específico à Caixa Econômica Federal, *“caso quisesse o Estado de São Paulo, que a tributação de ISS, PIS e COFINS incidisse somente sobre o Netwin, dever-se-ia ter deixado claro que (i) os valores para programas sociais do Estado não compõe as receitas da concessionária, deixando de exigir seu repasse via despesa concessória de outorga variável; e (ii) os valores dos prêmios a serem pagos aos apostares vencedores tampouco deveriam compor a receita da concessionária, na medida em que não são valores a serem aproveitados pela concessionária na prestação dos serviços, mas sim valores devidos à terceiros”*.

Tal panorama implicaria incidência de tais tributos sobre toda a

¹³ **Artigo 3º** - Os valores de outorga auferidos serão aplicados em programas e ações voltados à assistência social e à redução da vulnerabilidade social no Estado de São Paulo.

§ 1º - O disposto no "caput" deste artigo abrange a outorga:

- 1. fixa, a ser paga pelo licitante vencedor como condição de assinatura do contrato;
- 2. variável, correspondente ao percentual, definido no contrato de concessão, incidente sobre a receita bruta operacional da concessionária.

§ 2º - Para os fins do item 2 do § 1º deste artigo, considerar-se-á receita bruta operacional o resultado da diferença entre a receita operacional proveniente da comercialização pela concessionária de apostas físicas e virtuais, e a premiação paga aos apostadores.

¹⁴ Dispõe sobre o Fundo Nacional de Segurança Pública (FNSP), sobre a destinação do produto da arrecadação das loterias e sobre a promoção comercial e a modalidade lotérica denominada aposta de quota fixa; altera diversas leis.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



arrecadação da concessionária, sem possibilidade de exclusão das respectivas bases de cálculo do valor relativo à premiação paga aos apostadores.

Isto posto, é possível afastar, de plano, a argumentação de que as definições do edital ou da minuta contratual têm efeitos sobre a incidência tributária, pois, se assim o fosse, inúmeros artifícios, desenhados na convenção entre as partes, poderiam ser empregados para se reduzir, de forma artificial, a arrecadação de impostos e contribuições. As cláusulas contratuais não possuem relevância para fins de delimitação da abrangência da base de cálculo das exações, que se vincula a normas legais.

No mais, independentemente disso, consoante o teor da manifestação da representada, nota-se que há expressiva divergência entre as próprias empresas e grupos do ramo de exploração do serviço lotérico quanto à adequada interpretação da matéria, consoante trecho da defesa apresentada:

Dentre os estudos apresentados no âmbito do Chamamento Público nº 004/2021, não parece haver consenso quanto à base de cálculo para aplicação dos tributos suscitados pela Representante. Dentre os que abordaram o tema, têm-se os seguintes posicionamentos:

Hebara – as alíquotas são aplicáveis sobre a receita bruta da concessionária, sendo que tal valor é alcançado pelo valor total das vendas deduzidos os prêmios pagos, imposto de renda sobre tais prêmios e os valores pagos ao Poder Concedente.

Intralot – as alíquotas são aplicáveis sobre a receita bruta da concessionária, sendo que tal valor é alcançado pela arrecadação bruta deduzidos os prêmios pagos e os gastos de marketing.

Consórcio NGT Brasil – as alíquotas são aplicáveis sobre a receita operacional bruta da concessionária, sendo que tal valor é alcançado pela multiplicação do GGR¹⁵ (Gross Gaming Revenue) pela taxa de remuneração cobrada pelo operador para prestar serviços de arrecadação de apostas de loterias.

AM & F P A – as alíquotas são aplicáveis sobre a receita bruta da Concessionária, valor a ser alcançado pela arrecadação deduzida do pagamento de prêmios.

Consórcio LOTESP – as alíquotas são aplicáveis sobre a receita bruta da Concessionária, sendo que tal valor é

¹⁵ GGR = Arrecadação total – Prêmios Líquidos Pagos e do valor do Imposto de Renda incidente sobre os prêmios.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



alcançado pela arrecadação deduzidos os prêmios pagos.

Consórcio IGT e SG – as alíquotas são aplicáveis sobre os 80% do GGR Ajustado¹⁶ que são destinados à Concessionária, sendo os outros 20% destinados ao Poder Concedente.

Consórcio SP Lotto – as alíquotas incidem sobre a arrecadação bruta total, incluindo os prêmios pagos e os repasses ao Estado de São Paulo.

Com base nestes dados, podemos verificar que, entre todas as empresas participantes do Chamamento Público, dentre as quais estão empresas de atuação relevante no setor, tanto nacionais como internacionais, assim como renomados escritórios de advocacia, o único a propagar a tese suscitada pela Representante foi o Consórcio SP Lotto, do qual a Representante é patrono. A absoluta maioria das empresas que conduziram os estudos parece discordar da avaliação da Representante.

Descrito tal cenário, insta reconhecer que a polêmica não encontra sede adequada para apreciação na via do exame prévio de edital, ainda mais levando em consideração que sequer constitui prerrogativa desta Corte estabelecer interpretação sobre tal aspecto com força obrigatória, a ingerir na alçada das autoridades fazendárias, razão pela qual apenas caberia interferência deste Tribunal em caso de claro equívoco na definição administrativa.

Em outras palavras, subsistindo controvérsia de tamanha amplitude, possivelmente provocada pelo caráter recente da efetiva abertura do setor, evidentemente que não é o caso de patente desacerto, não sendo apropriada, destarte, intromissão apriorística nas premissas adotadas sobre tal particularidade pelo órgão promotor do certame, sem prejuízo de que sejam revisitadas por ocasião dos trabalhos rotineiros de fiscalização desta Corte caso a contratação seja efetivada.

Não obstante esse último aspecto favorável, dado o conjunto de impropriedades anteriormente abordado, mostra-se essencial ampla revisão dos estudos de viabilidade econômico-financeira, em atenção ao disposto no artigo 18, inciso IV, e ao artigo 21 da Lei Federal n.º 8.987/95, a fim de que seja elaborado documento que consolide, de forma completa e apropriada, as premissas e os

¹⁶ GGR Ajustado = Venda – Prêmios Pagos – Custos de Marketing



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



dados da concessão, do qual poderá ser extraído projeto, devidamente embasado, para nortear a formulação das propostas.

Nessa perspectiva, tendo em vista a amplitude das falhas observadas na concepção da concessão, inviável a continuidade do procedimento nos moldes desenhados pela Administração Estadual, consoante anotado pela SDG, o que impõe a determinação de desconstituição do certame, nos termos do artigo 49 da Lei Federal n.º 8.666/93.

De toda sorte, com o intuito de evitar sobrevida de impropriedades em caso de relançamento de certame com objetivos análogos, convém analisar as demais impugnações.

Abrangência do objeto, rapidez da modelagem, possibilidade de subcontratação.

A alegação de conformação indevida do objeto em razão da aglutinação de serviços de loteria e serviços financeiros – com previsão de pontos de vendas físicos e plataforma virtual – não é digna de acolhida, na medida em que, consoante anotado pela Assessoria Técnica, são atividades relacionadas ou complementares, agregadas no contexto de uma concessão, a qual permite, ainda, a subcontratação de serviços e a participação de empresas em consórcio.

Em continuidade, podem ser aceitas as justificativas expostas pela Administração para não obrigar a exploração de todas as modalidades lotéricas autorizadas por legislação federal.

Com efeito, não cabe, como pretende a reclamação ventilada a esse respeito, traçar comparativo do serviço que se pretende conceder com as atividades de transporte sobre trilhos, dadas as diferenças existentes entre eles.

Em especial, em vista da essencialidade do serviço, impõe-se a oferta de condições adequadas para a locomoção de passageiros, limitando sobremaneira a liberdade na atuação da concessionária, além de ensejar acentuado enrijecimento dos requisitos da execução das atividades.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



De outro giro, no caso dos serviços lotéricos, nota-se que o objetivo primordial, sob o ponto de vista estatal, é a arrecadação de recursos para destinação social, o que não necessariamente se vincula ao aproveitamento de todas as modalidades possíveis, as quais, em tese, podem até concorrer entre si. Da forma mais livre garantida pelo edital, espera-se que a vencedora do certame, dotada de expertise na área, encontre o desenho mais adequado para otimizar ou ampliar a arrecadação, o que evidentemente é de seu interesse.

Com relação ao ritmo – qualificado de frenético – para a modelagem do processo, em aproximadamente 9 (nove) meses, nada há de relevante para avaliar nesse rito sumário, à míngua de comprovação de clara violação de dispositivo legal.

Seguindo, sem fundamento a aventada irregularidade conferida pela minuta contratual de subcontratação de atividades inerentes aos serviços lotéricos¹⁷, inclusive a abertura para substituição do operador subcontratado¹⁸. De fato, tais aberturas não aparentam desbordar da permissão conferida pelo § 1º do art. 25 da Lei 8.987/95, de a concessionária “*contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido*”.

¹⁷ 32.1 A CONCESSIONÁRIA poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares àquelas previstas neste CONTRATO, desde que dentro das diretrizes da legislação e demais normas aplicáveis e observadas as diretrizes deste CONTRATO e ANEXOS.

32.2 A CONCESSIONÁRIA deverá, obrigatoriamente, informar a contratação de terceiros para a prestação de serviços relevantes para o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao objeto da CONCESSÃO, tais como elaboração dos projetos, manutenção, construção, prestação de serviços e realização de demais atividades que gerem receita à CONCESSIONÁRIA.

¹⁸ 32.9.1 Em caso de rescisão do contrato entre a CONCESSIONÁRIA e o OPERADOR SUBCONTRATADO, a CONCESSIONÁRIA deverá providenciar a substituição por outro OPERADOR SUBCONTRATADO a ser previamente aprovado pelo PODER CONCEDENTE, observando-se as mesmas exigências estabelecidas no item 15.5, inciso (iv), do EDITAL.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Impende anotar, a propósito, que a menor abrangência da disposição análoga do Decreto Estadual n.º 66.524/2022¹⁹ não soa suficiente para interditar a prestação de atividades intrínsecas ao objeto por terceiros, inclusive levando em consideração que o Regulamento aprovado por meio da mesma norma possui outras disposições que espelham a flexibilidade do diploma federal, inteligência passível de ser alcançada por meio da leitura conjunta dos artigos 2º e 3º do referido Anexo.²⁰

Em companhia de Chefia de ATJ e MPC, verifica-se que, em vista desse largo espectro conferido pela Lei de Concessões ao instituto, não há razões para considerar equivocada a falta de estipulação de limites dessa forma de terceirização pelo poder concedente.

Compete observar, no mais, que a Lei Federal n.º 8.987/95 estabelece lógica e regramento diversos – inconfundíveis com os da subcontratação – para a formalização de subconcessão, exigindo, por exemplo, prévia concorrência, além de garantir direito de sub-rogação do

¹⁹ Art. 2º A licitação de que trata o artigo 1º deste decreto será de responsabilidade da Secretaria de Orçamento e Gestão e obedecerá aos seguintes parâmetros:
[...]

X - possibilidade de que a concessionária contrate com terceiros, por sua conta e risco, o desenvolvimento de atividades acessórias ou complementares àquelas previstas no contrato de concessão, sem prejuízo da qualidade ou segurança dos serviços públicos lotéricos.

²⁰ Art. 2º Os serviços públicos lotéricos serão prestados pela concessionária, ou por terceiros por ela contratados, e corresponderão às funções operacionais e aos investimentos necessários à respectiva prestação, incluindo infraestruturas físicas e virtuais, nos termos do caderno de encargos que acompanha o edital de licitação.

Art. 3º A exploração dos serviços públicos lotéricos inclui, no mínimo:
I - criação, distribuição e comercialização de produtos lotéricos,

II - implantação de plataforma online para comercialização dos produtos lotéricos e gestão da concessão;

III - captação e implantação de 1 (um) ponto de venda físico dedicado no município de São Paulo;
IV - execução de ações de comunicação e publicidade para divulgação da Loteria Social do Estado de São Paulo e respectivos produtos lotéricos;

V - realização de extrações ou sorteios nos termos dos planos de jogos aprovados pelo Poder Concedente;

VI - pagamento de prêmios aos apostadores ganhadores.



subconcessionário²¹. Assim, não há se falar em indevida autorização para subconcessão sem prévia licitação.

Qualificação técnica, requisição de experiência para fins de assinatura do contrato e certificações

Com relação à qualificação técnica, o edital disciplina, de maneira objetiva, a forma de comprovação da experiência por consórcios, nos subitens 12.3²², 12.24.3²³ e 12.24.2²⁴, não ensejando espaço para dúvida importante sobre o tema. Por sinal, a própria representante Hebara Distribuidora de Produtos Lotéricos S.A. obteve respostas a pedido de esclarecimentos por ela formulado²⁵, na qual restou confirmada sua compreensão inicial sobre tal nuance²⁶.

²¹ 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.

²² 12.3. As exigências de QUALIFICAÇÃO TÉCNICA poderão ser atendidas, em caso de CONSÓRCIO, por intermédio de qualquer dos consorciados, isoladamente ou mediante somatório de atestados, quando aplicável.

²³ 12.24.3. No caso de CONSÓRCIO, admitir-se-á, para efeito de QUALIFICAÇÃO TÉCNICA, o somatório dos atestados de um ou mais integrantes do CONSÓRCIO, observado o item 12.24.12. Importa anotar que, em sede de esclarecimentos, a representada já informou que a referência correta é ao item 12.2.4.2, porquanto o item 12.24.12 não existe.

²⁴ 12.24.2. Para comprovação do exigido no item 12.24, será admitido somatório de atestados, desde que em um dos atestados seja demonstrada participação como responsável por ao menos 50% (cinquenta por cento) do número de transações exigidas.

²⁵ Está correto nosso entendimento de que a comprovação de aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível em quantidades e prazos com o objeto do Edital deve ser EXCLUSIVAMENTE de operação de produtos lotéricos, não sendo aceitas declarações de produtos afins, como, por exemplo, os títulos de capitalização? **No caso de Consórcio, é correto o entendimento de que a experiência de mais de uma empresa consorciada pode ser somada para o atingimento das 100.000.000 de transações? Ainda com relação a este somatório, as empresas consorciadas poderão apresentar atestados com períodos de 12 meses distintos? EMPRESA A – 70.000.000 – 12 MESES em 2018 EMPRESA B – 30.000.000 – 12 MESES em 2020**

²⁶ O primeiro entendimento não está correto, não sendo exigido que a experiência tenha sido obtida na operação de produtos lotéricos, mas em operação de qualquer sistema de venda virtual, inclusive sistemas de e-commerce.

O segundo entendimento está correto, podendo a experiência ser comprovada mediante o somatório da experiência de mais de um consorciado, conforme expressamente previsto no item 12.24.3, desde que observado o requisito previsto no item 12.24.2. É irrelevante, para estes fins, qual a data em que obtida a experiência em cada atestado, podendo ser em períodos distintos entre si.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Igualmente sem lastro a impugnação no sentido de que a Administração deveria recusar documentos que retratassem serviços realizados *“há uma década ou há cinco anos, por exemplo”*. De fato, não é lícita a imposição de limitação temporal aos atestados demandados, em razão de vedação imposta pelo artigo 30, § 5º, da Lei de Licitações²⁷.

Em caminho semelhante, a equiparação a atestados, para fins de comprovação de aptidão técnica, de contratos, cartas ou declarações de instituição financeira, entre outros documentos²⁸, materializa flexibilização que favorece a competitividade do certame, ao facilitar a participação de interessadas, não tendo sido indicada norma que vede tal prática.

Feitos esses comentários, insta abordar, agora, a cláusula principal da qualificação técnica, amplamente criticada e abaixo transcrita:

12.24. Para fins de demonstração da sua QUALIFICAÇÃO TÉCNICA, a LICITANTE individual ou o CONSÓRCIO deverá comprovar aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da LICITAÇÃO, por meio da apresentação de atestado(s) de capacidade técnica, em nome da LICITANTE, emitido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, ou por órgão de regulação e/ou de fiscalização, comprovando experiência prévia, ao longo de no mínimo 12 (doze) meses consecutivos, como responsável pela operação de sistema de vendas virtual que tenha contabilizado ao menos 100.000.000 (cem milhões) de TRANSAÇÕES efetuadas em um intervalo máximo de 12 (doze) meses consecutivos.

Pois bem, em primeiro lugar, a análise empreendida pela Assessoria Técnica, sob o viés de econômico, identificou, a partir dos dados informados de

²⁷ § 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

²⁸ 12.25. Serão admitidos como equivalentes aos atestados, para fins da comprovação de qualificação requerida no item 12.24, documentos tais como contratos, cartas ou declarações de INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, agências reguladoras ou de poder concedente, conforme o caso, bem como demonstrações financeiras auditadas das atividades realizadas ou outro documento que demonstre a experiência requerida.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



demanda, deficiência que denota equívoco no quantitativo mínimo de transações que deverá ser comprovado. Confira-se:

No item 4.1 – DEMANDA – do “Projeto Referencial” – consta que, para a determinação do potencial da Loteria do Estado de São Paulo, foram utilizados dados da pesquisa realizada pela Paraná Pesquisas (Out/2021) do estudo apresentado pela NGT Brasil e, também, do estudo do Consórcio SP Lotto que levantou a informação de que a fatia de mercado (market share) da LESP corresponderia a 33% do mercado de apostas. Consoante NGT Brasil, o número de habitantes acima de 18 anos no Estado de São Paulo corresponde à população estimada de 35.790.870 e, desta, 25,8% é apostadora, produto que resulta em 9.234.044 habitantes. Consta também a informação de que 35% dos apostadores jogam pelo menos uma vez por semana e 61% dos apostadores pelo menos uma vez por mês.

Repare que, onde se lê “61%” de apostadores que jogam uma vez por mês no estudo da NGT Brasil e no “Projeto Referencial”, a Representada informou incorretamente “26%” em seu arrazoado, o que resultou no número total de apostas de 196 milhões de apostas:

Apostadores 1 vez por semana	$9.234.044 \times 35\% \times 52 \text{ semanas}$	168.059.609
Apostadores 1 vez por mês	$9.234.044 \times 26\% \times 12 \text{ semanas}$	28.810.219
TOTAL DE APOSTAS NO ANO		196.869.828

Advém que, aplicando-se o percentual correto indicado no estudo da NGT Brasil de 61% sobre o total de apostadores, ter-se-ia a quantidade de 235 milhões e não 196 milhões de apostas/ano, o que revela a falta de precisão nas informações prestadas pela Representada.

Ocorre que a inconsistência não se encerra apenas nisso. Conforme estudo do Consórcio SP Lotto, mencionado no “Projeto Referencial”, a parcela potencial do mercado para um novo entrante, tendo em vista a “Caixa Loterias” ser a empresa líder no mercado, seria na ordem de 33,33%, ou seja, do total de 9.234.044 apostadores, a fração de mercado (market share) estimada para a Loteria do Estado de São Paulo totalizaria 3.047.235 apostadores.

Assim, procedendo-se ao recálculo, ter-se-ia o seguinte total estimativo de apostas/ano:

Apostadores 1 vez por semana	$(9.234.044 \times 33,33\%) \times 35\% \times 52 \text{ semanas}$	56.014.268
Apostadores 1 vez por mês	$(9.234.044 \times 33,33\%) \times 61\% \times 12 \text{ semanas}$	22.528.815
TOTAL DE APOSTAS NO ANO (100%)		78.543.083

Ou seja, as informações constantes no “Projeto Referencial” nos conduzem a quantitativo de transações absolutamente diverso dos 100 milhões exigidos no item 12.[2]4 do edital, para fins de capacitação técnica.

Deste modo, necessário que a quantidade mínima de transações cuja prova se requer seja reduzida, considerando o total apurado pela Assessoria especializada e o comando da Súmula n.º 24 deste Tribunal, sem prejuízo de que



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



alterações decorrentes da reavaliação do estudo de viabilidade possam também interferir nos montantes exigidos.

Igual falha acomete o item IV do subitem 15.5, que solicita experiência com a realização de “ao menos 100.000.000 (cem milhões) de APOSTAS VIRTUAIS e/ou APOSTAS FÍSICAS”, sendo que as demais impugnações contra esta previsão serão oportunamente endereçadas.

Dando seguimento, na esteira da Assessoria Técnica, sob o viés jurídico, ainda acerca da aferição da aptidão técnica das licitantes do subitem 12.24, não há razões para censurar, de forma prévia, a opção por permitir a demonstração de expertise por meio da realização anterior de transações, não necessariamente vinculadas ao serviço de loteria, na medida em que, dada a maior amplitude semântica da expressão empregada, a facilitar a prova requerida, possibilita-se, em tese, o acesso ao certame de maior número de candidatas. Inexiste, por sinal, demonstração de que se trata de atividade sem relevância ou alheia ao objeto.

A concessão almejada evidentemente é composta de diversos serviços, cabendo à Administração, no uso do poder discricionário, escolher, de forma embasada, parte deles para aferir a experiência das licitantes. Assim, ao menos na vista que a presente análise permite, não há motivos para condenar a falta de escolhas de outras atividades como requisitos da qualificação técnica.

Não obstante esses pontos favoráveis, tratando-se o núcleo essencial do escopo a ser concedido a operação e a exploração dos serviços lotéricos, **em meio físico ou virtual**, com vistas – não se pode deixar de destacar – a obter a maior arrecadação possível, no intuito de reverter os valores em “programas e ações voltados à assistência social e à redução da vulnerabilidade social no Estado de São Paulo”²⁹, não se justifica que a experiência tenha que

²⁹ Artigo 3º do Decreto Estadual n.º 66.524/2022.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



ocorrer necessariamente em ***operação de sistema de vendas virtual***, consoante igualmente concluído pela Assessoria Técnica, sob o enfoque jurídico.

Embora possam de fato constituir instrumentos relevantes para o atingimento de tal objetivo as implantações de plataforma virtual de comercialização dos produtos lotéricos e de plataforma de gestão responsável pelo monitoramento da concessão, a legitimar a inserção dessas ferramentas como investimentos obrigatórios, não faz sentido que suplantem, na habilitação, a atividade principal a ser empreendida pela futura concessionária, de sorte a poderem, eventualmente, até excluir interessadas que operem preponderantemente em canais físicos de comercialização. O ato de convocação não está, importa frisar, nesse particular aspecto, abrindo a licitação para mais interessados, mas a limitando.

Por essa razão, caso opte por manter a realização de transações como aspecto a ser aferido na qualificação técnica, deve a Secretaria permitir que tais tarefas sejam demonstradas também por meio de operações de vendas em meio físico.

Feita essa ressalva, demais previsões criticadas que ampliam a possibilidade de participação de interessadas, em busca da proposta mais vantajosa à Administração, não merecem censura.

É o caso da aceitação, para a mesma finalidade, de atestados em sistemas de e-commerce (subitem 12.24.1³⁰). Da mesma forma, não emerge nenhuma patente irregularidade ou restritividade das figuras catalogadas como passíveis de ser consideradas como responsável pela operação do sistema de vendas para fins de verificação da aptidão (subitem 12.24.4³¹).

³⁰ 12.24.1. Para comprovação do item 12.24, serão admitidos, dentre outros, sistemas de meio de pagamentos e sistemas de E-commerce, bem como sistemas de venda virtual que tenham como objeto a realização de apostas legalmente admitidas no âmbito das respectivas jurisdições das LICITANTES.

³¹ 12.24.4. Será considerado responsável, para os fins do item 12.24: (i) o responsável direto, individualmente, pela operação do sistema de venda virtual; (ii) a consorciada, com participação



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Chega-se, enfim, à outra cláusula alvo de inúmeras reclamações:

15.5. Previamente à DATA DE ASSINATURA DO CONTRATO, nos prazos indicados, a ADJUDICATÁRIA deverá:

[...]

IV. em até 7 (sete) dias úteis anteriores à DATA DE ASSINATURA DO CONTRATO comprovar, perante o PODER CONCEDENTE, experiência prévia, da ADJUDICATÁRIA, de OPERADOR SUBCONTRATADO, ou de profissional vinculado a qualquer destas, 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, admitindo-se, em qualquer das hipóteses, a soma de atestados para a comprovação do quantitativo, desde que pelo menos um dos atestados apresente 50% (cinquenta por cento) do quantitativo exigido. Para a comprovação aqui exigida, serão aplicáveis, no que pertinente, os mesmos termos e condições previstas nos itens 12.25 a 12.32.2.1 e, ainda, o disposto 15.5.2;

De início, em relação ao número de transações, há necessidade de redução, nos moldes já mencionados.

No que concerne ao endereçamento apenas à vencedora do certame da exigência de prova de realização anterior de apostas virtuais ou físicas, até em vista do ineditismo do objeto colocado em disputa, o mecanismo soa tolerável, porquanto uma vez mais se nota intuito de potencializar a competitividade do torneio, não merecendo censura prévia desta Corte.

Insta acrescentar, acerca desta postergação do momento da apresentação de documentação de qualificação, que as eventuais interessadas podem se valer de todos os meios jurídicos idôneos, seja na própria Administração, seja nos órgãos de controle, como esta Corte, para denunciar eventuais deficiências ou favorecimentos por ocasião da realização da referida fase de comprovação de experiência em operação de loteria.

mínima de 20% (vinte por cento) no consórcio responsável pela operação do sistema de venda virtual; (iii) o acionista da empresa responsável, com participação acionária mínima de 20% (vinte por cento); ou (iv) por qualquer outra forma, participante da operação do sistema de venda virtual, com posição que lhe confira poderes decisórios na operação do sistema de venda virtual.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Em trilha análoga, em se tratando de concessão, que, conforme visto, permite ampla liberdade para execução dos serviços, inclusive de atividades inerentes à consecução do objeto, não soa adequado impedir que a expertise seja evidenciada, nessa fase ulterior de demonstração de experiência, também por operador subcontratado, ou de profissional vinculado ao operador ou à adjudicatária.

Sobre a figura de profissional vinculado com experiência em serviços lotéricos, insta frisar que a permissão para demonstração de expertise também por pessoas físicas denota mais uma maleabilidade em prol de fomentar a disputa no torneio.

Não parece, além disso, haver base sólida na alegação de que qualquer funcionário da licitante ou da adjudicatária seria indevidamente aceito pelo órgão promotor do certame para fins de comprovação dessa expertise, tendo sustentado a representada que será considerada legítima, para tanto, apenas pessoa que tenha exercido *“cargo executivo responsável pela gestão operacional de loteria”*. Para afastar eventuais dúvidas, todavia, interessante que esse esclarecimento seja incorporado em forma e local adequados no edital.

Nada a reparar, no mais, na possibilidade de soma de experiências de profissionais vinculados, que é mera decorrência da previsão anterior³².

Vale deixar bem vincado, não obstante, que todas essas escolhas administrativas são passíveis de reexame nas vias fiscalizatórias ordinárias, que possibilitarão a averiguação dos reflexos das cláusulas editalícias na execução do objeto contratado, a fim de confirmar se o órgão promotor do certame, ao viabilizar essas inúmeras aberturas ou flexibilizações, não prejudicou a segurança ou a higidez da contratação.

³² 15.5.2. Admitir-se-á, para efeito da comprovação exigida no item 15.5, inciso IV, o somatório dos atestados de um ou mais profissionais vinculados à ADJUDICATÁRIA ou ao OPERADOR SUBCONTRATADO, observada a ressalva do referido item.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Por fim, a exigência de certificações apenas por ocasião da execução contratual e não durante a etapa de habilitação (leitura conjunta dos subitens 19.2³³ e 19.1³⁴ da minuta contratual) ressoa a orientação prevalente nesta Corte sobre requisições de tal natureza, cristalizada da Súmula n.º 17³⁵, a revelar a improcedência da queixa a esse respeito.

Cumprimento de requisitos para a concessão (LRF, pesquisa de preços, audiência e consulta públicas, ato de justificativa, prazos e divulgação internacional)

Não são dignas de reconhecimento as ventiladas omissões na

³³ 19.2 No que se refere às obrigações previstas na Cláusula 19.1, inciso (iii), a CONCESSIONÁRIA deverá observar os seguintes prazos máximos para obtenção das certificações, considerando-se como marco inicial a assinatura do TERMO DE OUTORGA DA CONCESSÃO:

- I. a certificação prevista no inciso (a) deverá ser obtida no prazo de 3 (três) anos;
- II. a certificação prevista no inciso (b) deverá ser obtida no prazo de 4 (quatro) anos;
- III. a certificação prevista no inciso (c) deverá ser obtida no prazo de 18 (dezoito) meses;
- IV. as certificações previstas nas alíneas (d), (e), (f) e (g) deverão ser obtidas no prazo de 3 (três) meses; e
- V. a certificação prevista na alínea (h) deverá ser obtida antes do início da comercialização de qualquer dos PRODUTOS LOTÉRICOS.

³⁴ 19.1 Constituem os principais direitos e obrigações da CONCESSIONÁRIA, sem prejuízo das demais obrigações expressas neste CONTRATO e nos ANEXOS, e do dever de cumprimento dos INDICADORES DE DESEMPENHO, de acordo com o regramento estabelecido neste CONTRATO: III. obter, nos termos e prazos previstos na Cláusula 19.2, e manter vigente após a obtenção, as seguintes certificações, ou outras que vierem a lhes atualizar e/ou substituir:

- a. Certificação pela Norma de Controle de Segurança exarada pela Associação Mundial de Loterias (World Lottery Association Security Control Standard – WLA-SCS);
- b. Certificação de Jogo Responsável exarada pela Associação Mundial de Loterias (World Lottery Association Responsible Gaming Framework, WLA-RFG) – nível 4;
- c. Certificação ISO 27.001 relativa à norma do sistema de gestão da segurança da informação (ISMS – Information Security Management System);
- d. Certificação GLI-14 com base nos standards exarados pela Gaming Laboratories International LLC;
- e. Certificação GLI-19 com base nos standards exarados pela Gaming Laboratories International LLC;
- f. Certificação GLI-23, com base nos standards exarados pela Gaming Laboratories International LLC;
- g. Certificação GLI-33, com base nos standards exarados pela Gaming Laboratories International LLC;
- h. Certificado Gerador de Números Randômicos (Random Number Generator), emitido por entidade certificadora internacionalmente reconhecida.

³⁵ **SÚMULA Nº 17** - Em procedimento licitatório, não é permitido exigir-se, para fins de habilitação, certificações de qualidade ou quaisquer outras não previstas em lei.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



comprovação de aderência da licitação às normas orçamentárias e à Lei de Responsabilidade Fiscal, assim como na indicação de ordenador, na medida em que a pretendida concessão da exploração dos serviços, segundo as premissas adotadas, gerará receitas em favor do poder concedente, e não despesas, como parece sugerir a representação.

Se não bastasse, consoante anotado por SDG, o efetivo emprego da arrecadação na destinação específica prevista em norma estadual, aspecto que tangencia o alegado, é suscetível de controle nas atividades rotineiras de fiscalização desta Corte, restando inviável sua apreciação na presente sede.

A ventilada superveniência de sondagens mercadológicas pela Comissão de Licitação não implica, por si só e de forma automática, inexistência de prévia pesquisa de mercado para fins de estipulação das premissas econômicas da concessão, a qual, conforme mencionado, contou com a colaboração em prévio chamamento público também para essa finalidade.

Inexiste, ainda, violação ao artigo 15 da Lei de Licitações, na medida em que se trata de disposição aplicável ao sistema de registro de preços, mecanismo que não se relaciona com o presente edital.

De todo modo, como a via procedimental do exame prévio não permite diligências para fins de avaliar, de forma adequada, o escopo dessas reuniões realizadas após a publicação do certame, insta reconhecer que o questionamento resta prejudicado.

Em continuidade, segundo consta do portal do órgão promotor do certame, foi realizada audiência pública, previamente convocada, tratando do projeto de concessão e de aspectos do edital, razão pela qual, ao menos formalmente, resta cumprida a exigência requerida pelo artigo 39 da Lei Federal n.º 8.666/93³⁶.

³⁶ Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I,



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



A esse propósito, sem base a alegação que aponta equívoco no fato de o evento ter precedido a divulgação do instrumento, inclusive porque referida cronologia é ordenada pelo próprio dispositivo legal.

Reclamações contra a limitação de tempo para manifestações não sinalizam falhas insanáveis em referido procedimento que sejam passíveis de cognição na presente sede, de sorte que a respectiva análise também está prejudicada.

Nessa perspectiva, de rigor reconhecer que eventuais convocações de novas audiências se vinculam a juízos discricionários, não ensejando determinação deste Tribunal.

Mesma flexibilidade se aplica a eventual chamamento para a efetivação de consulta pública, a qual não é obrigatória segundo os regramentos que regem o presente certame (em especial, Leis Federais n.ºs 8.666/93 e 8.987/95), valendo destacar que a Lei Federal n.º 14.133/2021, invocada em sede de representação, não incidente no caso vertente, também caracteriza tal convocação como facultativa³⁷.

A obrigação de publicar ato com a caracterização do objeto da concessão, área e prazo aparenta ter sido atendida pela edição do Decreto Estadual n.º 66.524/2022, que, além de autorizar a abertura de licitação, apresenta como anexo o Regulamento da Concessão dos Serviços Públicos

alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

³⁷ Lei Federal n.º 14.133/2021. Art. 21. A Administração poderá convocar, com antecedência mínima de 8 (oito) dias úteis, audiência pública, presencial ou a distância, na forma eletrônica, sobre licitação que pretenda realizar, com disponibilização prévia de informações pertinentes, inclusive de estudo técnico preliminar e elementos do edital de licitação, e com possibilidade de manifestação de todos os interessados.

Parágrafo único. **A Administração também poderá submeter a licitação a prévia consulta pública, mediante a disponibilização de seus elementos a todos os interessados, que poderão formular sugestões no prazo fixado.**



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Lotéricos do Estado de São Paulo. Em relação às justificativas para a exploração dos serviços, soa suficiente a divulgação da Ata da 30ª Reunião Conjunta do Conselho Diretor do Programa Estadual de Desestatização e do Conselho Gestor do Programa de Parcerias Público-Privadas, no Diário Oficial do Estado – Poder Executivo – Seção I – Edição de 19/02/2022 – p. 103, com o seguinte teor:

Concessão dos Serviços de Loterias no Estado de São Paulo Uma vez reunidos os membros do Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas/CGPPP e do Conselho Diretor do Programa Estadual de Desestatização/CDPED e, na presença dos Convidados, o Presidente do CGPPP, RODRIGO GARCIA, procedeu à abertura dos trabalhos colocando em apreciação os avanços na consolidação da modelagem final e nas diretrizes da licitação do projeto para concessão dos serviços lotéricos no Estado de São Paulo concluídos pelo Grupo de Trabalho, considerando as contribuições recebidas no período de divulgação do modelo preliminar em audiência pública, ocorrida em 31/01/2022, bem como dos aproveitamentos dos 11 estudos entregues pelos autorizados da iniciativa privada, em sede do Chamamento Público nº 04/2021, rememorando que tais procedimentos foram autorizados pelos Conselheiros na 28ª Reunião Conjunta Ordinária do CDPED e CGPPP de 20/12/2021. Com a palavra o Assessor Técnico da Subsecretaria de Parcerias, ARTHUR ABDALLAH MUNDIM, que introduziu o assunto abordando a concepção da concessão, que consiste na exploração dos serviços públicos de loterias nas modalidades de prognósticos “numérico”, “específico” e “esportivo”, “passiva”, “loteria instantânea” e “apostas de quota fixa”, esclarecendo que ficaria a critério da Concessionaria quais modalidades lotéricas explorar, e que eventuais gêneros criados por legislação federal poderiam ser incluídos ao escopo do contrato de concessão mediante aprovação do Poder Concedente. Reiterou que **o objeto da concessão consiste na (i) criação, distribuição e comercialização de produtos lotéricos; na (ii) implantação de plataforma “online” de comercialização e de plataforma de gestão; na (iii) execução de ações de comunicação e publicidade para divulgação da Loteria Social do Estado de São Paulo; na (iv) execução de extrações e/ou sorteios nos termos dos planos de jogos; no (v) pagamento de prêmios aos apostadores ganhadores; na (vi) obtenção de financiamentos, de curto e/ou de longo prazo, para os investimentos; na (vii) aquisição das aprovações, autorizações e certificações necessárias; na (viii) contratação de verificador independente para avaliação da qualidade e desempenho dos serviços prestados; bem como no (ix) fornecimento dos bens e serviços necessários ao cumprimento das obrigações contratual; discorrendo sobre os principais aspectos da**



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



modelagem jurídica. Explicou que a modalidade de licitação seria de concorrência internacional, tendo como critério de julgamento “a maior outorga fixa”, esclarecendo que tanto a outorga fixa como a variável teriam destinação social, em consonância à legislação estadual, que as premissas da modelagem consideraram o modelo de “exclusividade” como o mais adequado, prevendo o certame em um único lote, e que o prazo de contratação será de 20 anos. Delineou os principais encargos do Parceiro Privado quanto à (i) Comercialização Virtual, por meio da disponibilização da Plataforma virtual de comercialização e de gestão, em “sítio eletrônico” e aplicativo para celulares; à (ii) Comercialização Física, prevendo a instalação de, no mínimo, um ponto de venda (PDV) físico no município de São Paulo, ficando a juízo da concessionária a implantação de outros PDVs; às (iii) Certificações, aquisição dos certificados de procedimentos e de sistemas, garantindo segurança e qualidade à prestação dos serviços; à (iv) Transparência Operacional, fornecendo relatório anual sobre a concessão e disponibilizando informações ao Poder Concedente; e aos (v) Canais de Comunicação de pesquisa de satisfação de visitantes e apostadores, de SAC (Sistema de Atendimento ao Cidadão) e de Ouvidoria. Na sequência, destacou os principais indicadores de desempenho a serem aferidos pelo Verificador Independente, bem como os eventuais riscos assumidos pelo Poder Concedente e pela Concessionária inerentes à atividade de exploração dos serviços públicos lotéricos, abordando os grandes números projetados na modelagem econômico-financeira. Finalizou com a avaliação dos aproveitamentos dos estudos entregues pela iniciativa privada no âmbito do Chamamento Público nº 04/2021, perfazendo o total a ser ressarcido pela Concessionária vencedora do certame de R\$ 541.052,41 (100%), distribuído entre 9 autorizados, conforme detalhado em nota técnica, e apresentou cronograma propositivo para os próximos encaminhamentos do projeto, considerando a publicação do Edital definitivo e demais anexos até o final de fevereiro/2022, com leilão previsto para março/2022 na Bolsa de Valores (B3).

Concluída a exposição e acolhidas todas as considerações, o Presidente do CGPPP ponderou que a modelagem consolidada pelo Grupo de Trabalho demonstra consistência nas projeções de viabilidade técnica, econômico-financeira e jurídica, bem como o interesse público do empreendimento para o Governo do Estado de São Paulo, cuja totalidade das receitas auferidas ao Poder Público será direcionada aos programas sociais estaduais. Foi ainda esclarecido que não seria juridicamente exigível a realização de procedimento de consulta pública eis que não se trata de uma Parceria Público-Privada. Assim, a realização de audiência pública corresponde ao



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



procedimento necessário e suficiente para a higidez do processo, cujo prosseguimento se dá com a publicação definitiva do Edital.
[...] – realces não são do original

Importa esclarecer que embasamentos no mesmo caminho já haviam sido veiculados na Ata da 23ª Reunião Conjunta dos mesmos Conselhos (Diário Oficial do Estado – Poder Executivo – Seção I – Edição de 03/07/2021), inclusive com a contextualização da possibilidade de exploração das loterias pelos Estados após decisão do Supremo Tribunal Federal, assim como o interesse público na reversão da arrecadação a programas sociais.

Assim, ainda que não em único ato formal, aparenta ter havido divulgação dos elementos básicos da requisição insculpida no artigo 5º da Lei Federal n.º 8.987/95³⁸, sem prejuízo da necessidade de refazer o ato em razão da mudança na modelagem por ocasião do refazimento dos estudos de viabilidade.

Não restou demonstrada inobservância ao disposto no artigo 21, § 2º, inciso II, alínea “a”, da Lei Federal n. 8.666/93, que, entre suas estipulações, requer franqueamento de lapso temporal mínimo de 30 (trinta) dias em concorrências como a que ora se apresenta, que não adota tipo “*melhor técnica*” ou “*técnica e preço*”, tampouco enseja contratação sob o regime de empreitada integral, ao menos não na estrita definição do artigo 6º, inciso VIII, alínea “e”, do mesmo diploma³⁹.

Dessa forma, não se pode acolher, para fins de expedir determinação, as diversas argumentações que apontam insuficiência de prazo

³⁸ Art. 5º O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.

³⁹ Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

VIII - Execução indireta - a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

[...]

e) empreitada integral - quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada;



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



para formulação das propostas, por se tratar de particularidade do procedimento licitatório em conformidade com a letra da lei.

Não obstante, convém recomendar que a Administração, em vista do vulto, ineditismo e complexidade do objeto posto em disputa, a fim de angariar a maior competitividade possível, avalie a possibilidade de conceder interregno mais dilatado de publicidade do instrumento.

Confirma a necessidade de reexame de tal particularidade, a questão aventada, em sede de representação, sobre a necessidade de obtenção de vultosos recursos para a concessão.

Importa esclarecer, antes de prosseguir, contudo, que são precárias as críticas formalizadas em relação à matéria.

Relevante frisar que não compete fazer juízos sobre a conjuntura econômica, agravada pela deflagração de conflito bélico, para barrar a intenção da Administração de lançar o certame.

Ainda, seria ilógico transferir ao poder concedente o risco de frustração do privado no alcance de recursos no mercado financeiro para fazer frente às obrigações contratuais, de maneira que nada há a orientar a esse respeito.

Além disso, não restou demonstrado factual e objetivamente óbice geral à obtenção de financiamentos para cumprir o cronograma de dispêndios do certame que, vale frisar, são condições para assinatura e execução da avença, e não para participação na licitação.

A despeito desses pontos favoráveis, a resposta da Administração ao questionamento revela premissa frágil, a sinalizar necessidade de ofertar recomendação ao órgão promotor do certame.

Em linhas gerais, argumenta a Secretaria que: desde julho de 2021, com a publicação do edital de Chamamento Público n.º 004/2021, o Governo deixou claro o tratamento prioritário dispensado ao projeto, o que ensejaria



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



movimento do mercado para estudá-lo e angariar recursos; durante o chamamento ficou evidente o caráter expressivo dos montantes necessários para participar do certame; 3 meses antes da data agendada para a sessão pública, ata de reunião do Conselho Diretor do Programa Estadual de Desestatização, dada a opção pelo regime de exclusividade, já sinalizava que a outorga fixa seria significativa; 2 meses antes do dia final marcado para recepção das propostas, audiência pública divulgou o valor estimado do contrato (cerca de R\$ 1,09 bilhões) e o montante então definido de outorga fixa mínima (R\$ 330 milhões).

Com base em tal histórico, a representada consigna que *“por mais que sejam sinceras as preocupações da Representante Madrona sobre o contexto macroeconômico e político, não é possível que empresas verdadeiramente interessadas no projeto tenham esperado a publicação das versões finais dos documentos editalícios, no final de fevereiro, para iniciar os procedimentos necessários à obtenção de financiamento”*.

Entretanto, diversamente do asseverado pela Administração, a busca por procedimento devidamente competitivo pressupõe que se concedam oportunidades reais para a participação de interessadas.

Entre as condições desejáveis, encontra-se justamente a possibilidade de a interessada realizar as diligências necessárias para ingressar na disputa apenas após a publicação do edital, que é o documento responsável por dar mais concretude à intenção de contratação da Administração e, em especial, por conferir contornos finais ao objeto colocado em disputa, inclusive, no caso de concessão, as variáveis econômico-financeiras.

Não se pode exigir, dada a incerteza que qualifica a fase anterior à publicação do instrumento, que as interessadas, sem bases mais sólidas, antecipem-se nas negociações para obtenção de financiamentos, inclusive porque a versão derradeira do edital pode se revelar desinteressante, por razões de ordem variada.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Nessa perspectiva, embora não seja procedente a queixa, pelas razões expostas, a debilidade da argumentação da representada denota ser necessário que a Administração avalie se o prazo de publicidade do edital e outros assinalados para cumprimento de obrigações contratuais iniciais são suficientes e razoáveis, ampliando-os em caso de conclusão negativa.

Em trilha análoga, ainda que se trate de licitação internacional, as Leis Federais n.ºs 8.666/93 e 8.987/95 silenciam sobre a compulsoriedade de propagação da licitação em veículos estrangeiros e de conversão do texto editalício para outros idiomas, razão pela qual não há como condenar, de forma apriorística, a opção da Administração em não realizar tais providências.

Evidentemente, à semelhança dos item anteriores, até em vista do caráter recente da real e ampla abertura desse nicho de exploração em território nacional pelos Estados e da multiplicidade de atores internacionais potencialmente existentes com aptidão para executar o objeto, insta recomendar que seja reavaliada a adoção de tais medidas de ampliação da divulgação do edital, à luz dos custos incorridos em comparação com os benefícios que delas poderão advir.

Outras previsões da habilitação

A crítica à suposta acumulação de exigência de comprovação de capital social mínimo e de prestação de garantia de proposta, para fins de habilitação, não teria fundamento, porquanto autorizada pela Súmula n.º 27 desta Corte: *“Em procedimento licitatório, a cumulação das exigências de caução de participação e de capital social mínimo insere-se no poder discricionário do administrador, respeitados os limites previstos na lei de regência”*.

No entanto, a bem da verdade, a impugnação se reporta à exigência de que, ao formular sua proposta, a interessada considere recursos próprios necessários para a integralização do capital social mínimo da sociedade de propósito específico a ser constituída⁴⁰, imposição que é alheia à qualificação

⁴⁰ 11.4. A LICITANTE deverá estar ciente de que a PROPOSTA DE PREÇO ofertada:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



econômico-financeira, motivo pelo qual sem qualquer fundamento a alegada violação ao artigo 31, § 2º, da Lei Federal n.º 8.666/93.

De mais a mais, determinadas insurgências esbarram na própria literalidade da norma de regência.

Nessa categoria, inclui-se a reclamação que enxerga subjetividade e violação a princípios na locução “*cuja natureza e objeto sejam compatíveis com sua participação*”, relativas às empresas estrangeiras (subitem 7.1), uma vez que diversos dispositivos da Lei Federal n.º 8.666/93 repetem construções similares, a exemplo do inciso II do artigo 29⁴¹ e do inciso II do artigo 30⁴². A amparar essa compreensão, confira-se o julgamento dos processos n.ºs TC-012583.989.18-1, TC-012617.989.18-1, TC-012623.989.18-3, TC-012740.989.18-1 e TC-012760.989.18-6, em Sessão Plenária de 04/07/2018, sob relatoria do e. Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo.

Em semelhante trilha, ainda para as sociedades estrangeiras, a previsão de atendimento, “*tanto quanto possível*”, dos requisitos de habilitação (subitem 7.5) apenas ecoa a redação do § 4º do artigo 32 do diploma licitatório⁴³, inexistindo, dessa forma, razões para antever, na cláusula questionada, abertura para atentados ao princípio da isonomia ou desvantagens às interessadas nacionais.

[...]

X. Deverá considerar recursos próprios a serem aportados na SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO pela LICITANTE, além da integralização do capital social mínimo;

⁴¹ II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

⁴² II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

⁴³ § 4º As empresas estrangeiras que não funcionem no País, tanto quanto possível, atenderão, nas licitações internacionais, às exigências dos parágrafos anteriores mediante documentos equivalentes, autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado, devendo ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente.



Obrigações contratuais (possibilidade de cobrança de outorga fixa, bases para cálculo do ônus de fiscalização e da outorga variável, verificador independente e *payout* mínimo)

A assertiva que apenas legitima a possibilidade de cobrança de outorga fixa à transferência de infraestrutura estatal, alinhavada pela impugnante Intralot do Brasil Comércio de Equipamentos e Programas de Computador Ltda., não possui nenhuma base normativa.

A bem da verdade, a concessão pressupõe, por definição legal, delegação da prestação de serviço público, mediante procedimento licitatório, para empresa que assuma a exploração de atividade por sua conta e risco⁴⁴, permitindo a adoção de quaisquer dos critérios de julgamento previstos no artigo 15 da Lei Federal n.º 8.987/95, entre os quais se alinha o de maior oferta de pagamento pela outorga⁴⁵.

Inexiste previsão que apenas restrinja a adoção desse parâmetro de escolha da concessionária aos casos em que há colocação à disposição do particular de bens ou locais públicos.

Vale consignar, à guisa de elucidação, que o diploma concessório

⁴⁴ Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

[...]

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

⁴⁵ Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

III - a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

IV - melhor proposta técnica, com preço fixado no edital; (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

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; (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

VI - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

VII - melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



prevê regramentos específicos para a combinação de critérios e para os casos em que há avaliação de ordem técnica, nenhum deles aplicável *in casu*⁴⁶.

Dando seguimento, a receita bruta operacional constitui mera base de cálculo do ônus de fiscalização e da outorga variável. Tais encargos não materializam cominações de penalidades ou obrigações tributárias, de sorte que não há se falar em dupla incidência indevida (*bis in idem*). Trata-se, a bem da verdade, de imposições de natureza contratual, com vocações distintas, cuja definição dos montantes devidos se sujeita à discricionariedade administrativa na delimitação do objeto, a ser precificada na formulação das propostas.

Da mesma forma, a escolha de exigir a contratação de verificador independente não esvazia o dever de fiscalização das atividades pelo poder concedente, razão pela qual o acúmulo dos gravames pertinentes em desfavor da concessionária, estabelecidos – uma vez mais – contratualmente, não podem, de forma apriorística, ser reputados ilegais.

No que concerne à possibilidade de indevido engessamento de valores mínimos de payout a cada plano, decorrente da cláusula nona da minuta contratual⁴⁷, que não indica período de tempo predefinido de apuração dos pisos

⁴⁶ Art. 15. [...]

§ 1º A aplicação do critério previsto no inciso III só será admitida quando previamente estabelecida no edital de licitação, inclusive com regras e fórmulas precisas para avaliação econômico-financeira. (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

§ 2º Para fins de aplicação do disposto nos incisos IV, V, VI e VII, o edital de licitação conterá parâmetros e exigências para formulação de propostas técnicas. (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

⁴⁷ CLÁUSULA NONA – DOS VALORES MÍNIMOS DE PAYOUT MÍNIMO

9.1. A CONCESSIONÁRIA deverá considerar os seguintes PAYOUTS MÍNIMOS em seus PLANOS DE JOGOS:

I. para PRODUTOS LOTÉRICOS que se enquadrem na modalidade LOTERIA DE PROGNÓSTICO NUMÉRICO: 45% (quarenta e cinco por cento);
II. para PRODUTOS LOTÉRICOS que se enquadrem na modalidade LOTERIA DE PROGNÓSTICO ESPECÍFICO: 50% (cinquenta por cento);
III. para PRODUTOS LOTÉRICOS que se enquadrem na modalidade LOTERIA DE PROGNÓSTICO ESPORTIVO: 55% (cinquenta e cinco por cento);
IV. para PRODUTOS LOTÉRICOS que se enquadrem na modalidade LOTERIA INSTÂNTANEA: 65% (sessenta e cinco por cento);
V. para PRODUTOS LOTÉRICOS que se enquadrem na modalidade LOTERIA PASSIVA: 60% (sessenta por cento); e



estabelecidos, a matéria foi objeto de esclarecimentos da Secretaria, com o seguinte conteúdo: *“Deverá ser apurado, após o período de 1 ano, se o payout médio do conjunto de produtos de modalidade lotérica respeitou o payout mínimo previsto na Cláusula Nona, sendo possível que determinado Plano de Jogo preveja payout mínimo abaixo do estabelecido na Cláusula”*.

À evidência, nada justifica que informação de tal relevância para a operação das atividades não esteja incluída na minuta contratual, o que deverá ser providenciado pela representada em caso de nova deflagração da licitação.

Erros no edital, pedidos de esclarecimentos e de prorrogação de prazo

Embora tenha sido objeto de resposta a pedidos de esclarecimentos, a afastar qualquer dificuldade para efetiva compreensão das regras editalícias, nada justifica que, por ocasião da republicação do certame, sejam mantidas as falhas no subitem 12.33, inciso V, alínea “b”, itens 1 a 4, que possuem trechos incompreensíveis por estarem grafados com a seguinte expressão *“Erro! Fonte de referência não encontrada”*.

Tema relacionado é a ventilada falta de resposta a pleito de prorrogação de prazo para abertura da licitação, situação que a ATJ, sob o viés jurídico, confirmou unicamente em relação a requerimento formulado em 07/03/2022. Referida falha foi parcialmente superada com o indeferimento de impugnação administrativa em 25/03/2022, que acabou por abranger reiteração da dilação requerida.

Impende observar, não obstante, que a ordem cautelar de paralisação da licitação acaba por esvaziar o questionamento. Cabe, de todo modo, orientar a Administração, na hipótese de repetição da situação por ocasião de nova deflagração da licitação, que, inexistindo previsão normativa ou editalícia

VI. para PRODUTOS LOTÉRICOS que se enquadrem na modalidade APOSTAS DE QUOTA FIXA: 70% (setenta por cento);



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



para recepção de pleito da espécie, processe eventual pedido de prorrogação de prazo, ainda que para rejeitá-lo, como impugnação administrativa ou pedido de esclarecimentos, respeitando para a resposta, em qualquer caso, os prazos pertinentes previstos no edital.

Ainda nesse tópico, dentre as centenas de elucidações realizadas, quatro perguntas⁴⁸ obtiveram como resposta exclusivamente a locução “o

48

No.	Documento	Item/Cláusula	Contribuição
101	Contrato	10.3.2	Entendemos que o termo RECEITAS mencionado na cláusula 10.3.2 da Minuta do Contrato não abrange as receitas acessórias, as quais, mediante autorização do Poder Concedente, poderão gerar negócios jurídicos que superem o prazo originalmente fixado para a Concessão Lotérica, desde que não impliquem em adiantamento de receita ao Concessionário, de forma que ele se beneficie de montantes que deveriam ser pagos após o término do prazo originalmente fixado para a Concessão Lotérica (dinâmica semelhante é observado no setor aeroportuário, por exemplo). O entendimento está correto?
110	Contrato	27.1	Estamos entendendo que a cláusula 27.1 da Minuta do Contrato permite a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da concessão mediante qualquer mecanismo previsto em lei, não se limitando apenas a um único mecanismo, o que poderá ser oportunamente acordado pelas Partes. Interpretação diferente desta restringe de forma indevida e antijurídica o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato. O entendimento está correto?



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



entendimento não está correto”.

Embora uma resposta negativa simples atenda formalmente a tais questionamentos, não subsistem motivos para que a Administração se furte de explicar as razões pelas quais as compreensões externadas estão incorretas, em prestígio ao princípio da publicidade.

Essa abordagem foi adotada para todas as demais dúvidas expostas com igual resultado, possibilitando às interessadas efetiva apreensão de todos os detalhes envolvidos na concessão, de sorte que a providência deveria ser estendida também às quatro questões referidas, assim como adotada para

220	Contrato	15.5, 18.7 e 22.1, xlv	Tendo em vista a alocação de riscos de materialização de eventos imprevisíveis, de caso fortuito ou força maior à Concessionária, não há segurança para o privado em relação ao capital investido, ainda mais considerando (i) as cláusulas 15.5 e 18.7, que impossibilitam a indenização à Concessionária pelos investimentos não amortizados dentro do PRAZO DA CONCESSÃO; e (ii) que os custos de operação dos serviços lotéricos são consideravelmente superiores ao CAPEX e não são abrigados nas hipóteses de indenização à CONCESSIONÁRIA nas hipóteses de extinção do contrato. Entendemos que para garantir segurança aos LICITANTES quanto aos investimentos que serão realizados e às despesas a serem realizadas, o ideal seria admitir cláusula que preveja a alocação de riscos imprevisíveis ao PODER CONCEDENTE, ainda que somente aqueles eventos que em condições de mercado não possam ser objeto de cobertura de seguro oferecido no Brasil e que à época de sua materialização não seja segurável há pelo menos dois anos, por pelo menos duas empresas seguradoras, a exemplo da alocação de riscos de outras concessões do Estado de São Paulo. O entendimento está correto?
221	Contrato	22.4	No entendimento da doutrina (Maurício Portugal Ribeiro, 2016), a alocação de todos os riscos não tratados no CONTRATO à CONCESSIONÁRIA é nula, pois afronta o disposto no art. 65, II, alínea 'd' da Lei Federal nº 8.666/1993. Isso porque a Lei optou por atribuir os eventos extracontratuais como riscos do Concedente. Além disso a alocação de riscos imprevisíveis à CONCESSIONÁRIA tende a inviabilizar uma escoreita comparabilidade de propostas dos licitantes, por afetar a precificação de propostas pelas licitantes, por uma ótica objetiva. Está correto o nosso entendimento?



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



eventuais outras em mesma situação por ocasião de lançamento de licitação com objetivos análogos.

Sistema de funcionamento das contas

Em relação ao regramento da movimentação das contas, nota-se que os tópicos foram devidamente abordados pela Assessoria Técnica, sob o viés econômico, de modo que as insurgências merecem parcial guarida.

Confira-se excerto de interesse da manifestação, que denota ser essencial aprimoramento do ato de convocação, em especial no que diz respeito aos recursos oriundos dos canais físicos de comercialização:

No tocante à sistemática de funcionamento das contas, disciplinada na cláusula 11^a da minuta do contrato e no Anexo 14 do edital, inicialmente, consideramos esclarecida a questão suscitada pela Representante IGT GLOBAL acerca de como foi apurado o valor da conta garantidora de prêmios de R\$ 42.233.208,66. Segundo nossos cálculos, a arrecadação total das apostas lotéricas no ano 1 perfaz R\$ 291.252.312,00 e o equivalente a 58% do payout médio corresponde a R\$ 168.926.340,96/ano que, dividido por 12 meses e multiplicado por três meses (90 dias), resulta no valor indicado no edital.

Não vislumbramos também a alegada ausência de margem de gerenciamento das contas por parte do Concessionário, vez que a sistemática foi estruturada no propósito de resguardar recursos financeiros ao pagamento da outorga variável, do ônus de fiscalização e dos prêmios aos apostadores, que constituem os objetivos próprios da concessão.

Entretanto, dentro dessa sistemática, é de se reconhecer a eventual impossibilidade de se dar cumprimento aos descontos semanais do saldo existente na conta centralizadora relativos à outorga variável e ao ônus de fiscalização, incidentes sobre a Receita Bruta Operacional, e assegurar diariamente que a conta de payout possua o saldo equivalente, no mínimo, ao volume de recursos necessários para o pagamento dos prêmios, em decorrência de realmente haver a necessidade de se proceder à conciliação de contas, especialmente em relação aos canais de vendas físicos, aspecto não considerado na minuta do contrato e nos anexos do edital, haja vista que a modelagem foi toda estruturada para o ambiente virtual, cujas informações podem ser obtidas quase que imediatamente, motivo pelo qual opinamos pela procedência parcial do reclamo.

Alocação de riscos



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



No que concerne à alocação de riscos realizada no subitem 22.1 da minuta contratual, compete observar que a representante Madrona Sociedade de Advogados seleciona 14 daqueles endereçados à responsabilidade da concessionária, alguns deles com ressalvas, para reclamar da excessiva transferência de encargos ao parceiro privado, o que resultaria em custos maiores e menor atratividade do empreendimento.

Já as impugnantes IGT Global Services Limited e Scientific Games Szerencsejáték Szolgáltatások combatem as previsões relativas à supressão e superveniência de novas modalidades lotéricas por legislação federal.

Em primeiro lugar, importa esclarecer que a quantidade de riscos atribuídos, por si só, nada indica sobre a regularidade ou não da distribuição levada a efeito pelo poder público.

Por segundo, a via procedimental do exame prévio de edital não permite análise adequada sobre impugnações da espécie, que envolvem inúmeras variáveis e ensejam aprofundamentos, ressalvada a verificação de patentes desconformidades, sendo que, na forma alinhavada na petição inicial da representante Madrona, parece haver tentativa de ampla revisão da ordenação efetivada pelo poder concedente.

Isto posto, assinala-se que a superveniência de modalidade lotérica por legislação federal, a bem da verdade, embora constitua risco atribuído, em tal excerto do esboço da avença à concessionária, possui mecanismo de equacionamento no subitem 5.1.2 do mesmo documento, o qual estabelece que *“na hipótese de serem introduzidas novas MODALIDADES LOTÉRICAS na legislação federal, a CONCESSIONÁRIA terá a prerrogativa de solicitar, para prévia anuência do PODER CONCEDENTE, a autorização para exploração da nova MODALIDADE LOTÉRICA, quando as PARTES deverão definir os valores de OUTORGA VARIÁVEL e PAYOUT MÍNIMO a serem praticados”*.

Além disso, caso o poder concedente, em vista da nova modalidade criada por norma nacional, entenda por bem conceder o respectivo direito de



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



aproveitamento a outra empresa, eliminando a exclusividade da concessionária de que trata o edital em apreço, deverá assumir os impactos econômico-financeiros decorrente desta outorga a terceiros, nos moldes do item I do subitem 23.1 da minuta contratual. Por essa razão, nada de desconforme salta aos olhos dessa previsão.

Tampouco se identifica clara impropriedade na atribuição do risco de supressão de modalidade lotérica por legislação de mesma origem.

A esse respeito, podem ser acolhidas as justificativas da Administração, em análise geral que vale também para os riscos estabelecidos nos itens XVIII (existência ou instituição de loterias federais, loterias estaduais ou loterias municipais, ou de PRODUTOS LOTÉRICOS em qualquer destas, que, de alguma forma, concorram com os serviços objeto do presente CONTRATO, ressalvada exclusivamente a hipótese descrita na Cláusula 23.1, inciso I), XXXVII (custos correspondentes a impostos e outros tributos incidentes direta ou indiretamente sobre as atividades executadas pela CONCESSIONÁRIA), XXXVIII (alteração do cenário macroeconômico, variação do custo de capital, alteração nas taxas de juros praticadas no mercado e variação das taxas de câmbio), XXXIX (criação, extinção ou alteração de quaisquer tributos ou encargos legais), XL (alterações na legislação e determinações estatais de caráter geral, provenientes de qualquer esfera da federação, não específicas para a CONCESSÃO ou para a CONCESSIONARIA, ainda que caracterizadoras de fato do príncipe, que gerem impacto sobre o CONTRATO, desde que não esteja relacionada com risco já expressa e especificamente assumido pelo PODER CONCEDENTE no âmbito deste CONTRATO).

De fato, a exploração dos serviços lotéricos será realizada em ambiente concorrencial, na medida em que disputará mercado com produtos já disponibilizados e outros que eventualmente surjam.

Além disso, inexistente ingerência do poder concedente nos preços que serão praticados, tampouco nas modalidades lotéricas que serão exploradas



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



dentre as autorizadas. Dessa forma, quaisquer dos efeitos dos riscos assinalados poderão ser repassados aos valores dos produtos de loteria que vierem a ser comercializados segundo critérios da empresa vencedora. Em especial no caso de extinção de qualquer deles, a concessionária poderá transferir seus encargos para as modalidades remanescentes, ou, então, exercer a prerrogativa de extinção antecipada da avença, nos moldes do inciso II do subitem 7.2 da minuta contratual.

Cabe esclarecer, também, agora em relação às hipóteses que tratam de incidência tributária, que as previsões não atraem a aplicação do § 3º do artigo 9º da Lei Federal n.º 8.987/95⁴⁹ justamente porque a presente licitação não resultará na definição de tarifas a ser respeitada pela concessionária. Mais uma vez, os preços da contratada serão por ela definidos, podendo ser alterados.

Parcela dos riscos indicados são seguráveis, ainda que parcialmente, conforme reconhecido pela própria representante, de maneira que não parece desbordar do razoável a atribuição em desfavor da concessionária das seguintes áleas: XXXII – custos com roubo, furto, destruição, ainda que parcial, oriundos de qualquer evento, ou perda de BENS DA CONCESSÃO; XXXVI – redução do valor total auferido a título de ARRECADAÇÃO em razão da ausência de registro eletrônico ou de qualquer tipo de fraude praticada por APOSTADORES que se beneficiem de qualquer atividade executada pela CONCESSIONÁRIA, inclusive em razão de falta de energia elétrica, falhas nos equipamentos, atos de vandalismo e outros eventos cujo risco tenha sido alocado à CONCESSIONÁRIA, nos termos deste CONTRATO; XLII – danos, intencionais ou não, nos BENS DA CONCESSÃO, decorrentes de vandalismo, depredação, furtos, pichações, ou outros atos praticados pelos APOSTADORES ou por terceiros.

⁴⁹ Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.
[...]

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



As cláusulas restantes igualmente não transparecem despropósitos.

Na hipótese de decisões judiciais ou administrativas que impeçam a concessionária de obter arrecadação, deixa-se claro que se cuida apenas dos casos em que inexistia culpa do poder concedente, além de permitir a rescisão da concessão por iniciativa de concessionária nos moldes do subitem 7.2, inciso II (item XXVI).

A superveniência de fatores imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, caso fortuito ou força maior (item XLIV) autoriza a extinção antecipada do contrato caso haja verificação de que os efeitos tenham comprometido ou possam comprometer de forma irreversível a exploração da concessão (subitem 7.2, inciso I, da minuta contratual).

A eventual ocorrência de greves e dissídios coletivos, gerais ou locais ainda que não deflagradas por funcionários da concessionária (item XLV), diversamente do asseverado em sede de representação, não justificaria assunção do risco pelo poder concedente, que se obrigaria, nessa hipótese, a recompensar a empresa mesmo em situações corriqueiras que nada se relacionam com a exploração dos serviços lotéricos.

No mais, a criação, revogação ou revisão de normas regulatórias meramente procedimentais (item L) não aparenta indicar perigo relevante e não gerenciável pela futura contratada, não havendo motivos para censurar, de forma apriorística, a divisão efetivada pelo órgão promotor do certame.

Ante o exposto, nos estritos limites dos aspectos abordados, meu voto considera **parcialmente procedentes as representações**, para determinar que a **Secretaria de Orçamento e Gestão proceda à anulação da Concorrência Internacional n.º 01/2022**, nos termos do artigo 49 da Lei de Licitações, em razão da necessidade de ampla revisão do estudo de viabilidade econômico-financeira da concessão, em atenção ao disposto no artigo 18, inciso IV, e ao artigo 21 da Lei Federal n.º 8.987/95, a fim de que seja elaborado documento que consolide, de forma completa e apropriada, as premissas e os



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



dados da concessão, do qual poderá ser extraído projeto, devidamente embasado, para nortear a formulação das propostas, sem prejuízo da observância das demais orientações constantes da presente decisão.