

JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO DE EDITAL DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA

PROCESSO: SEI-220006/000378/2020

REFERÊNCIA: Edital nº 001/2021.

OBJETO: Contratação de pessoa jurídica para, com exclusividade, em favor da LOTERJ, prestar os serviços de: criação de produtos lotéricos, aqui compreendidos os jogos e eventos que envolvam sorteios e registros de apostas, a distribuição e comercialização dos produtos de loteria de prognósticos, de loteria instantânea, de jogos que envolvam aposta de cotas fixas em modalidades esportivas, sejam em meio físico ou não, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro e, também, a elaboração, a propositura, a orientação e a execução de campanhas publicitárias relativas aos jogos desenvolvidos e comercializados no âmbito do contrato a ser originado neste certame.

IMPUGNANTE: Intralot do Brasil Comércio de Equipamentos e Programas de Computadores LTDA.

I - DAS PRELIMINARES

Trata o presente documento da análise e julgamento de impugnação ao Edital de Concorrência Pública nº 001/2021, impetrada tempestivamente no dia 21 de junho de 2021 por Intralot do Brasil Comércio de Equipamentos e Programas de Computadores LTDA. contra as regras editalícias, exigindo a exclusão e modificação de diversos itens ali contidos.

O Edital foi publicado no DOERJ do dia 18/05/2020 e a abertura da sessão pública agendada para o dia 05/07/2021.

Em que pese a legitimidade do impugnante, nos termos do art. 41, §1º da Lei n. 8.666/93 e todas as jurisprudências reportadas em sua peça, verifica-se um grau de incompreensão do Edital, seu regime de contratação e o modelo já adotado pela LOTERJ desde 1998, *data maxima venia*. Nesse sentido e em que pese a reconhecida experiência da impugnante no setor de jogos e loterias, todos os apontamentos realizados foram objeto de grandes debates, não só quando da elaboração do projeto básico, até após a audiência pública.

Também vale notar que parte das matérias impugnadas está relacionada com as contribuições feitas pela impugnante através de e-mail, conforme informação de 17 de fevereiro de 2021 da CPL e juntada aos autos. Já naquele expediente ela prpugnava pelo regime de concessão e não de contratação de serviços, que historicamente é realizada pela LOTERJ. Apenas para exemplificar, podemos citar os seguintes processos administrativos desta autarquia que trataram de concorrência e contratação

semelhante: E-04/LOTTERJ/0067/1998¹; E-04/LOTTERJ/1059/2004²; E-12/080/59/2016³; E-12/080/286/2018⁴ e tantos outros – todos apreciados pela **Egrégia Corte de Contas**, vale destacar. **Em nenhuma dessas contratações houve prejuízo para o contratado ou frustração de competição nos respectivos certames, também vale destacar desde logo.**

Outra informação importante é que o art. 1º do Decreto-Lei n. 204/67 vedava o regime de concessão para as loterias⁵, motivo pelo qual a LOTERJ explora diretamente suas loterias, utilizando-se de um prestador de serviços, nos moldes da contratação almejada. Em resumo, a possibilidade de exploração pelo regime de concessão apenas foi confirmado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal (STF)⁶. Portanto e com todo respeito, a escolha do regime de exploração cabe à Administração.

E vamos aproveitar mais esta oportunidade para esclarecer: com a contratação almejada, a LOTERJ busca aumentar a arrecadação do Estado do Rio de Janeiro e não realizar uma simples despesa – essa premissa é fundamental para compreensão do Edital e da execução contratual.

Realizado essa introdução, vejamos o resumo das alegações e as pertinentes respostas na sequência.

II – DAS ALEGAÇÕES

Em apertada síntese, a impugnante alega a necessidade de retificar o edital em relação aos pontos a seguir:

- a) Inexequibilidade do Objeto, prazo de vigência do contrato e recuperação do investimento a ser realizado pelo contratado.
- b) Plano de Premiação não permite o atingimento das metas, tornando o contrato inexequível.
- c) Pagamento da Premiação.
- d) Disponibilização dos Serviços de Comercialização e Vendas.
- e) Das disposições relativas aos serviços de gestão e inteligência estratégica.
- f) Exigência de certificação ISO 27001 e WLA.
- g) Exigência de 3000 pontos de venda.

¹ EDITAL DE LICITAÇÃO POR CONCORRÊNCIA LOTERIA INSTANTÂNEA E MISTA.

² EDITAL DE LICITAÇÃO POR CONCORRÊNCIA LOTERIA INSTANTÂNEA E MISTA.

³ EDITAL DE LICITAÇÃO POR CONCORRÊNCIA LOTERIA INSTANTÂNEA.

⁴ EDITAL DE LICITAÇÃO POR CONCORRÊNCIA LOTERIA CONVENCIONAL DE MÚLTIPLAS CHANCES.

⁵ “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”.

⁶ Vide as Ações de Descumprimento de Preceitos Fundamentais número 492 e número 493.

h) Adiantamento de receita em favor do Estado do Rio de Janeiro.

IV – DA ANÁLISE

De conhecimento da impugnação apresentada, passa-se a analisar as alegações da Impugnante:

- a) Inexequibilidade do Objeto, prazo de vigência do contrato e recuperação do investimento a ser realizado pelo contratado.

Até a presente data, a LOTERJ explora apenas duas modalidades de jogos lotéricos (loteria de múltiplas chances e loteria instantânea). O atual certame incorpora quatro modalidades, incluindo as apostas por cota fixa, que é a modalidade que mais cresce em termos globais.

Além disso, o setor técnico partiu de premissas já utilizadas nos certames anteriores e tomou por base o faturamento de anos anteriores:

ANO	Total arrecadado consolidado (instantânea + múltipla chances)
2011	148.180.666,86
2012	190.884.002,96
2013	195.935.577,47
2014	207.538.806,09
2015	231.839.039,32
2016	175.132.174,01
2017	163.413.281,18
2018	170.682.210,94
2019	183.098.278,51

Vale sublinhar que tais números foram obtidos com a exploração de apenas duas modalidades e por meio físico (com vendas concentradas na região metropolitana da Cidade do Rio de Janeiro em função dos gargalos de logística). Já no futuro contrato, poder-se-á explorar mais modalidades e, além do meio físico, haverá o virtual – com mais dinamismo e capilaridade no território estadual, pois não sofrerá com as limitações da logística dos bilhetes físicos.

Pela experiência consolidada pela LOTERJ, os 60 meses de contrato para **prestação do serviço** são suficientes para gerar resultados positivos, tanto para o contratante, quanto para o futuro contratado.

Sendo assim, a afirmação que o modelo escolhido torna o contrato inexequível é uma contradição com a realidade da LOTERJ nos últimos 20 anos.

- b) Plano de Premiação não permite o atingimento das metas, tornando o contrato inexecutável.

O Plano de Premiação parte de um piso de 40% de payout e pode superar os 60% de payout, desde que justificado pelo contratado (vide item 20.1.5 do Edital).

O piso é uma proteção para o apostador/consumidor.

A faixa de 40% até 60% pode ser ordinariamente utilizada pelo contratado nos planos lotéricos a serem propostos. Já o payout acima de 60% deve ser justificado para que a LOTERJ avalie o retorno do jogo (arrecadação) e o atingimento das metas financeiras.

Em resumo: há uma grande liberdade do futuro contratado em relação ao estabelecimento do payout. Portanto, nos parece que houve uma pequena incompreensão da regra editalícia.

- c) Pagamento da Premiação.

Novamente, cabe registrar que até antes mesmo de 1998, a LOTERJ sempre foi a responsável pelo pagamento da premiação, facultando ao contratado e aos pontos de venda o pagamento de prêmios até certo valor.

Com relação aos jogos executados via Internet, o presente edital determina que cabe ao contratado a realização do pagamento dos prêmios (item 19.2) como meio de dinamizar a experiência do jogador.

Realizado esse esclarecimento, nos parece, novamente, que a regra já existente no edital está em sintonia com a manifestação do impugnante.

- d) Disponibilização dos Serviços de Comercialização e Vendas.

Novamente nos parece que a impugnação (ou apontamento do impugnado) está em sintonia com o edital, bastando verificar o seguinte capítulo do Anexo III: modulação dos serviços a serem prestados.

- e) Das disposições relativas aos serviços de gestão e inteligência estratégica.

Relacionado com a exigência de visita técnica as dependências da LOTERJ, os serviços e sistemas de gestão e inteligência são responsáveis por instrumentalizar e operacionalizar a **Central de Gestão, Operação e**

Inteligência Estratégica, permitindo a coordenação e integração de todos os serviços, por meio de análise em tempo real dos dados e informações geradas durante a operação da loteria. No capítulo específico do Anexo III, há um elenco de atributos (características mínimas) do sistema e da “sala situacional” (ou “central”) que deverá ser montada na sede da LOTERJ, conferindo uma grande elasticidade ao futuro contratado.

Por tal razão, o argumento que os custos de tal montagem seriam proibitivos e até mesmo tornariam o contrato inexecutável é um exagero, pois o próprio contratado necessita desses controles para gerenciar suas operações – identificar pontos de venda, volumes, regiões atendidas e não atendidas, georeferenciamento, conhecimento do cliente, combate à ludopatia e até lavagem de dinheiro.

Novamente em resumo, caberá ao contratado competir informações com a LOTERJ.

f) Exigência de certificação ISO 27001 e WLA.

O item impugnado foi objeto da Nota de Esclarecimento n. 01 de 15 de junho de 2021, conforme consta dos autos. Sendo assim, transcrevemos:

“Resposta (Doc. SEI nº18209185):

(...) b) Quanto à associação na WLA. Segue o mesmo caminho da resposta anterior. Como foi muito bem pontuado pelo D. Paulo Horn (*in* <https://bnldata.com.br/loterj-a-sorte-do-rio-mais-um-avanco-importante-para-as-loterias-estaduais/> - acesso em 11.06.2021), a saber: (...) *Outro tema importante e certamente controvertido é a exigência de certificações, tais como a da World Lottery Association – WLA. Particularmente, espero que seja uma tendência, pois até o momento, nem mesmo a própria LOTERJ se encontra certificada, justificando-se supri-la por intermédio dos serviços a serem contratados. Isso porque de nada adianta alguém proclamar a necessidade de executar jogos responsáveis e confiáveis sem níveis de certificação, de preferência com relevo internacional. As melhores empresas do setor hoje são, minimamente, certificadas pela WLA. Isso quer dizer que tal exigência é o caminho mais rápido para as loterias estaduais atuarem com padrões ISO, contra lavagem de dinheiro, por exemplo. Novamente em última análise, é vantajoso e eficiente do ponto de vista do Poder Público fazer tal tipo de exigência para qualificar os concorrentes interessados visando estabelecer loterias com boas práticas de mercado (...).*”

Com efeito, os esclarecimentos do jurista acima reportado traduzem a necessidade de se buscar os melhores padrões e fugir deles significa uma tendência à ineficiência para a Administração.

Além disso, a exigência está em sintonia com os limites do art. 30 da Lei 8.666/93 pois, salvo melhor juízo, a Administração não pode ser penalizada, selecionando qualquer agente, sob o argumento de cerceamento da

competição.

g) Exigência de 3000 pontos de venda.

A exigência de três mil pontos de venda é necessária dentro de um sistema de contratação **turn key**. Inclusive, tal exigência nunca frustrou o caráter competitivo dos certames da LOTERJ com objetos semelhantes.

Desde em 1998, o item 9.11.6 do Edital n. 01/1998 já fazia exigência de 3000 pontos de venda (processo administrativo n. E-04/LOTTERJ/0067/1998, devidamente apreciado pelo TCE-RJ no processo n. 101429-3/1998).

E, como é do conhecimento de todos aqueles que realmente são do setor, o “ponto de venda” abrange uma infinidade de estabelecimentos e até de pessoas físicas, basta verificar o conceito de “agente lotérico” presente no Anexo III do Edital.

Então essa questão da exigência de pontos de venda está superada há mais de 20 anos e, portanto, deve ser mantida.

h) Adiantamento de receita em favor do Estado do Rio de Janeiro.

A antecipação de receita (item 9.1.1 do Edital) visa o suporte dos custos operacionais incumbidos contratualmente à Autarquia, e não a garantia de manutenção de proposta (art. 31, III da Lei 8.666/93), já que esta possui como objetivo primordial medir a qualificação econômico-financeira dos licitantes no momento da apresentação dos documentos habilitatórios.

Além disso, a antecipação de receitas está relacionada com as metas financeiras assumidas pelo contratado. Novamente cabe sublinhar que nas licitações anteriores, sempre houve a imposição de regime de atingimento de metas, dentre elas as financeiras. Tal mecânica serve, para dentre outras coisas, medir a eficiência da execução contratual e preservar o Erário de eventuais inlúxos de mercado.

Nesta direção atambém vale esclarecer que até o momento, todos os contratados superaram as metas financeiras estabelecidas pela LOTERJ em seus certames, o que é um índice de medição do nível de acerto da equipe técnica da LOTERJ.

Também deve ser considerado que 70% do resultado líquido da LOTERJ é empregado na assistência social do Estado do Rio de Janeiro em sentido amplo, daí que o regime de meta é em última análise a garantia de recursos em favor de milhares de cidadãos carentes. Esse debate já foi enfrentado pela Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE-RJ) desde 1998

(Processo TCE n. 101429-3/1998).

Sendo assim, o regime de metas financeiras são saudáveis para a execução do contrato almejado.

Portanto, não podemos atender às reivindicações do Impugnante com base no fundamento apresentados.

V – DA DECISÃO

Isto posto, CONHEÇO da Impugnação interposta por **Intralot do Brasil Comércio de Equipamentos e Programas de Computadores LTDA**, no processo licitatório referente ao Edital de Concorrência nº 001/2021 e no mérito NEGAR SEU PROVIMENTO mantendo-se inalterado os demais itens e condições do Edital em comento.

Vanessa C. Freixo VANESSA DA CONCEICAO
Diretora de Operações FREIXO:0247960870
LOTERJ 9608700

Assinado de forma digital por VANESSA DA CONCEICAO FREIXO:0247960870 0
Dados: 2021.06.30 17:18:48 -03'00'

AO

DIRETOR OPERACIONAL DA LOTERIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO -
LOTERJ

EDITAL DE CONCORRÊNCIA Nº 001/2021 – Processo SEI
220006/000378/2020

INTRALOT DO BRASIL COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS E PROGRAMAS DE COMPUTADOR LTDA., pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o n.º 11.555.644/0001-62, sediada na Avenida Mário Werneck, nº 140, Bairro Estoril, CEP 30455-610, na cidade de Belo Horizonte/MG, vem, respeitosamente, por seus procuradores infra-assinados, *ut* instrumento de mandato anexo (Documento I), apresentar **IMPUGNAÇÃO** ao edital da licitação em epígrafe, com fulcro no art. 41, §1.º, da Lei n.º 8.666/93, ante os fundamentos de fato e de direito a seguir expendidos.

I. DA INEXEQUIBILIDADE DO OBJETO CONTRATADO

Após detida análise do Edital nº 001/2021 e seus Anexos, conclui-se que o instrumento convocatório propõe condições que tornam o objeto da licitação inexecutável para qualquer empresa que possa vir a se sagrar vencedora no certame.

Conjugando-se a modalidade de contratação estabelecida (Prestação de Serviços/Empreitada por Preço Global, conforme



São Paulo/SP - R. Samuel Morse,
134 / 71 Brooklyn - CEP 04576-060
Tel +55 (11) 4304-4877
sp@gvmadvogados.com.br

Belo Horizonte/MG - R. Paraíba 550,
10º andar - Savassi - CEP 30130-140
Tel/Fax +55 (31) 3264-2400
bhz@gvmadvogados.com.br

Uberlândia/MG - Av. Cesário Alvim,
818 - Conj. 707/708 - CEP 38400-098
Tel/Fax +55 (34) 3239-6500
ubl@gvmadvogados.com.br

Salvador/BA - Rua Itatuba, 201 - Sala
504 - Parque Bela Vista - CEP 40279-700
Tel.: +55 (71) 3022-8089
ba@gvmadvogados.com.br

itens 2.1 e 2.2 do edital), o prazo do contrato ofertado (5 anos, prorrogáveis excepcionalmente por 12 meses) e os investimentos que deverão ser realizados pela Contratada para a operacionalização dos serviços, chega-se a um cenário em que a execução do contrato se mostra absolutamente inviável do ponto de vista econômico-financeiro.

Tal inexecuibilidade torna-se ainda mais flagrante quando se observa que as projeções constantes do “Anexo 1 – Estudo Básico” – que são justamente as premissas utilizadas para a construção das metas financeiras - não refletem a realidade das loterias estaduais, e não consideram o “mercado paralelo” dos jogos ilegais e das empresas “ponto com” que competem com as loterias pelo mesmo público.

A Impugnante elaborou uma análise financeira (cujo resumo segue anexo no Documento III), que comprova matematicamente a inexecuibilidade do objeto nas condições propostas pelo Edital nº 001/2021, demonstrando que a rentabilidade do negócio, ao longo do prazo de vigência, é negativa! Veja:

Pay-out (média)	60% on Gross sales
Opex/Margem de Contribuição	72,4% on Gross margin
Comissão	9%
Custos Operacionais	10,1% on Gross sales (Marketing, volante, bobina e meio de pagamentos)

	Pré Operacional	Operação				
		Ano 1	Ano 2	Ano 3	Ano 4	Ano 5
(-) Investimento	42.891.200	200.000	240.000	312.000	405.500	527.500
(-) Capital de Giro	15.440.832					
(+) Receita Bruta		400.000.000	480.000.000	624.000.000	811.000.000	1.055.000.000
(-) Payout		240.000.000	288.000.000	374.400.000	486.600.000	633.000.000
(-) Repasse LOTERJ	30.000.000	930.000	37.100.000	48.240.000	62.700.000	81.550.000
(-) Comissão Revendedor		36.000.000	43.200.000	56.160.000	72.990.000	94.950.000
(-) Custos Operacionais		40.400.000	48.480.000	63.024.000	81.911.000	106.555.000
(-) Impostos e taxas (estimativa)		13.845.375	12.566.250	16.335.000	21.229.875	27.618.750
(=) Margem de Contribuição	- 30.000.000	68.824.625	50.653.750	65.841.000	85.569.125	111.326.250
(-) Despesas/Custos Operacionais (OpEx)		49.848.693	36.687.788	47.687.696	61.976.495	80.632.013
(=) Resultado Operacional	- 30.000.000	18.975.932	13.965.963	18.153.304	23.592.630	30.694.238
(-) Depreciação		1.833.333	1.833.333	1.833.333	1.833.333	1.833.333
(-) Despesas Financeira (Tarifa Boleto/custo garantia)		795.500	915.500	1.131.500	1.412.000	1.778.000
30% (-) IR/Contribuição Social		4.904.130	3.365.139	4.556.541	6.104.189	8.124.871
(=) LL	- 30.000.000	11.442.969	7.851.990	10.631.930	14.243.108	18.958.033
Ajustes						
(+) Depreciação		1.833.333	1.833.333	1.833.333	1.833.333	1.833.333
(+) Recuperação Capital Giro						15.440.832
(+/-) Variação de Caixa	- 88.332.032	13.076.303	9.445.324	12.153.263	15.670.941	35.704.698
Rentabilidade Projeto		-0,7%				
VPL Projeto		2.281.503				

Saliente-se que o estudo acima foi realizado utilizando as projeções de receita constantes do edital, as quais, repita-se, estão superestimadas, quando levado em conta o ainda incipiente mercado das loterias estaduais no Brasil.

Ou seja, se utilizados números mais próximos da realidade mercadológica, a projeção do prejuízo a ser experimentado pelo Contratado na prestação de serviços seria maior, evidenciando, de forma clara, a inexecutabilidade do contrato nos moldes como vem sendo licitado.

Vê-se que a discussão não orbita sequer na insatisfação do participante quanto a uma margem baixa de lucro, mas, sim, no fato da prestação do serviço, nos moldes previstos no presente edital, gerar prejuízo a quem o estiver prestando. O Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 460/2002, em conformidade com o que ora se expõe, asseverou **que “haverá inexecutabilidade quando a margem de lucro for insuficiente para manutenção da atividade do licitante”** (*in verbis*).

O Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, inclusive, já salientou que **“a falta de demonstração clara quanto à exequibilidade do objeto não asseguraria a satisfação do interesse público, que é o bem tutelado pelo próprio procedimento licitatório”**¹.

Verifica-se, no caso versante, então, clara inadequação entre aquilo que é exigido do Contratante para a prestação dos serviços e a real exequibilidade do objeto licitado no prazo previsto de contratação.

A Impugnante discorrerá mais detidamente, adiante, acerca dos pontos que tornam inexecutível o objeto do contrato de prestação dos serviços por empreitada global versado na presente licitação.

I.1. Sobre o prazo de vigência do contrato, o qual não é suficiente para que o contratado recupere os investimentos que precisarão ser realizados para a prestação dos serviços

Compulsando o item 10.1 do edital, verifica-se que o prazo de vigência do contrato será de 60 (sessenta) meses, improrrogáveis, salvo em caráter excepcional, nos termos da Lei nº 8.666/93, que autoriza o acréscimo de 12 (doze) meses aos contratos de prestação de serviços continuados.

Vê-se, então, que, a duração do contrato é o principal ponto que torna inexecutível o objeto licitado. Trata-se de prazo demasiadamente exíguo para que a contratada possa ter o retorno de todos

¹ Disponível em: https://static.fecam.net.br/uploads/587/arquivos/1176670_DECISAO_RECURSO_COMISSAO_CC_001_2017.pdf (Acesso em: 19/06/2021)

os investimentos necessários para que os serviços podem ser prestados, nas condições exigidas pela LOTERJ.

Em comparação com outros procedimentos licitatórios para a exploração de serviços lotéricos, verifica-se que o prazo de vigência do contrato – aquele no qual o Contratado deve obter a amortização dos seus investimentos - supera em muito o prazo assinado pela LOTERJ no edital ora impugnado.

A despeito de, no caso da prestação de serviços por empreitada global, tal prazo ser uma exigência legal, e não mera faculdade da Administração Pública, tal não ocorreria se adotada uma outra modalidade de contratação, tal como a concessão comum, até porque, *data vênia*, trata-se da espécie que melhor se adequa às vicissitudes do objeto licitado.

A doutrinadora Odete Medauar², em relação às concessões, esclarece que:

“a concessão destinar-se-ia a serviços de longa duração, inclusive para propiciar retorno de altos investimentos da concessionária.”

No caso em análise, a Contratante se vale da figura do contrato de prestação de serviços, atrelado ao plano plurianual, sem que haja qualquer comprometimento de sua receita na execução da avença. Pelo contrário! É o Contratado quem paga à Administração Pública e, no caso em tela, sequer terá a oportunidade de auferir o retorno que deveria, pelo curto prazo contratual estabelecido.

² MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

É de se dizer, o edital prevê o prazo de vigência contratual de 60 (sessenta) meses disposto no art. 52, II, da Lei nº 8.666/93, que se relaciona à prestação de serviços para a Administração Pública. No entanto, se observado o inciso II, do art. 6º, da lei supracitada, verifica-se que o escopo desse tipo de prestação é voltado à:

“[...] toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais” (*in verbis*).

Segundo a melhor doutrina, “os limites para esses contratos cingem às atividades materiais acessórias do ente administrativo, tais como os serviços de conservação, limpeza, segurança, vigilância, informática, recepção”³. Ou seja, tal contratação se presta às atividades em que a própria Administração Pública seja beneficiária.

Ora, em nada se adequa tal prestação de serviços ao desenvolvimento e operação de loteria estadual, que é considerado serviço público de titularidade do Poder Público, que, em função da discricionariedade, pode delegá-lo a terceiro.

Corroborando a argumentação ora expendida, no sentido de que, se adotado o modelo da concessão comum, não se aplicaria a restrição de prazo da Lei de Licitações, o professor Carvalho Filho⁴ assevera:

“O Estatuto dos Contratos e Licitações (Lei n.º 8.666/1993) estabelece um limite de cinco anos para os contratos administrativos que tenham por objeto a prestação de serviços a serem executados de forma

³ ESTEFAM, Felipe Faiwchow. Opinião: Valores Jurídicos na Terceirização na Administração Pública. Publicado em 12/05/2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-12/felipe-estefam-terceirizacao-administracao-publica>. (Acesso em: 19/06/2021)

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. – 31. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

contínua (art. 57, II). **A norma somente se aplica aos contratos de serviço prestados diretamente à Administração, mas não incide sobre as concessões, em cujo estatuto, dotado de caráter especial, não há fixação de prazo mínimo.**"

Também o Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso⁵:

"Dessa maneira, em consonância com o entendimento do TCU, verifico que não são aplicáveis os prazos específicos previstos na Lei nº 8.666/93 aos Contratos de Concessão, em razão da especificidade desse instrumento cujos custos de cumprimento serão de responsabilidade exclusiva da concessionária, não havendo, portanto, empreendimento de verbas públicas de forma direta."

É imperioso perceber que, na modalidade de contratação que melhor se adequaria ao objeto licitado, a concessão comum, o prazo de vigência do contrato não se encontra previsto em lei, sendo, por sua vez, determinado por decisão administrativa, obviamente levando em consideração os princípios que norteiam a seara das licitações públicas e as peculiaridades do objeto licitado.

O preclaro Professor Diogo de Figueiredo⁶ ensina que:

"A superação do formalismo axiológico e do mecanismo decisório fica a dever a lógica do razoável, que põs em evidência que o aplicador da Lei, seja o administrador, seja o Juiz, não pode desligar-se olímpicamente do resultado de sua decisão e entender que cumpriu o seu dever com a simples aplicação silogística da Lei aos fatos. À luz da razoabilidade, o Direito, em sua aplicação Administrativa ou Jurisdicional contenciosa, não se exaure num ato puramente técnico, neutro e mecânico; não se esgota no racional nem prescinde de valorações

⁵ TCE-MT Processo nº 35.681-6/2017, Relator: João Batista de Camargo Júnior.

⁶ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Curso de Direito Administrativo. Ed. Forense, 1994.

e de estimativas: a aplicação da vontade da Lei se faz por atos humanos"

É de se dizer, a determinação do prazo é prerrogativa da Administração, que o fará conforme sua necessidade, **levando em consideração a prática do mercado, visando sempre o interesse público.**

E, no caso em análise, o interesse público aponta para uma modalidade contratual capaz de gerar uma relação sustentável entre a Administração Pública e o contratado, onde esse último tenha condições de recuperar o investimento realizado e auferir lucro, o que não ocorrerá no contrato de prestação de serviços por empreitada global ora licitado.

I.2. Quanto ao plano de premiação, o qual prejudica o atingimento das metas propostas, tornando o objeto inexecutável

Segundo disposto no item 20 do Edital n.º 001/2021, o *payout* dos jogos lotéricos ficou estabelecido numa faixa mínima de 40% (quarenta por cento), podendo, em caso de "planos de premiação excepcional", chegar até 60% (sessenta por cento).

O primeiro desses percentuais não se mostra comercialmente atrativo, estando dissociado das práticas atuais do mercado de jogos, o que certamente impedirá que o contratado possa alcançar as metas de venda e repasse estabelecidas no próprio edital.

Por outro lado, no que tange ao item 20.1.5 do Edital, a necessidade de aprovação, pela LOTERJ, para planos de jogos cujo *pay out* seja superior a 60% (sessenta por cento) acarreta a ineficiência do serviço prestado, além de prejudicar o Contratado na utilização das alavancas

de promoção e performance, que captam novos clientes e reconquistam aqueles que não mais utilizam o serviço.

Por fim, ainda no que tange ao plano de premiação, vê-se que, ainda que o *payout* seja maior em determinados planos, a remuneração devida à LOTERJ, em termos percentuais, permanece sempre a mesma, o que penaliza tão somente o Contratado, ensejando desequilíbrio contratual, o que é veementemente vedado no ordenamento jurídico pátrio.

É importante salientar que, segundo entendimento do Tribunal de Contas da União, a fixação de limites máximos para preços trata-se de faculdade do gestor público, quando não se está no âmbito de contratações de obras e serviços de engenharia. Por isso, ao optar por estipulá-los, como pretende a LOTERJ, é seu dever cercar-se dos cuidados para viabilizar a execução, com segurança, do objeto pretendido.

Pelo exposto, os percentuais de *payout* contribuem para tornar inexecutável o objeto do contrato de prestação de serviços em comento.

I.3. Quanto ao pagamento de prêmio de bilhetes físicos

A LOTERJ, conforme disposto no item 19 do Edital, será a responsável pelo pagamento dos prêmios relacionados aos bilhetes físicos.

Nesse aspecto, é importante destacar que, no mercado de jogos lotéricos, o pagamento dos prêmios faz parte da experiência vivenciada pelo apostador e pode ser usada, inclusive, como uma ferramenta para que ele continue consumindo os produtos ofertados.

A determinação de pagamento pela LOTERJ retira do contratado a possibilidade de garantir a eficiência das políticas de pagamento de prêmios, prejudicando, outrossim, o ciclo de recompra e, conseqüentemente, a performance dos serviços.

No final, essa disposição também contribui para tornar inatingíveis as metas fixadas pela LOTERJ e inexecutável o objeto do contrato de prestação de serviços.

I.4. Das disposições relativas aos “Serviços de Comercialização e Vendas”

No “Anexo III – Termo de Referência” do Edital há um capítulo denominado “Dos Serviços de Comercialização e Vendas”, o qual disciplina a comercialização de créditos virtuais para posterior aposta nos jogos lotéricos objeto da prestação dos serviços.

Ora, os meios de pagamento digitais, assim como as demais formas de recebimento de apostas e pagamento de prêmios digitais ou não, devem ser adotadas de acordo com os critérios próprio Contratado, vez que tais meios podem impactar diretamente a execução da performance do negócio e, conseqüentemente, no atingimento das metas definidas para a prestação dos serviços.

Subordinar tais questões à esfera de regulação da LOTERJ prejudica a prestação dos serviços, contribuindo para a inexecutabilidade do seu objeto.

I.5. Das disposições relativas aos “Serviços de Gestão e Inteligência Estratégica”

Ainda consta do “Anexo III – Termo de Referência” a obrigação do Contratado de implantar uma “Sala Situacional” nas

dependências da LOTERJ, parte de uma “Central de Gestão, Operação e Inteligência Estratégica”.

Com efeito, o edital não detalha, exatamente, qual a estrutura necessária para funcionamento deste ambiente e nem o número de pessoas que o Contratado deve prover.

Não há como saber o investimento necessário para tal estrutura, somente sendo possível inferir que, pelo nível de exigência da LOTERJ, o Contratado despenderá valores elevados para implementar esse ambiente.

Também não existe no edital a indicação do nível de ingerência que essa “Central de Gestão, Operação e Inteligência Estratégica” terá sobre a operação dos jogos lotéricos.

Ora, a gestão das questões estratégicas, táticas e operacionais da operação dos jogos lotéricos é uma incumbência do Contratado, que, pela estrutura da contratação, corre todos os riscos do negócio, e ainda possui metas a serem cumpridas.

Nesse cenário, o papel da Contratante deveria ficar adstrito à criação de um ambiente jurídico adequado para o Contratado e à fiscalização de suas atividades, bem como em garantir a melhor aplicação dos recursos provenientes da operação.

E para o exercício de tais funções, mostra-se despendianda a estrutura da “Central de Gestão, Operação e Inteligência Estratégica”, conforme descrita no edital.

Tal exigência fere, claramente, os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, que, segundo as lições de Hely Lopes Meirelles:

“Razoabilidade e proporcionalidade: [...] sem dúvidas, podem ser chamados de **princípio da proibição do excesso que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas.**”

Conclui-se, então, que tal exigência só se presta a trazer diversos ônus desnecessários à prestação do serviço, o que pode vir a frustrar também o princípio da eficiência, travessia que é igualmente vedada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Portanto, também a exigência editalícia da montagem da “Central de Gestão, Operação e Inteligência Estratégica” contribui para tornar inexecutável o objeto da licitação.

II. DA VIOLAÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO

De outro norte, conforme restará sobejamente demonstrado a seguir, o edital traz em seu bojo determinadas condições que acabam por retirar a possibilidade de várias empresas candidatarem-se à participar do certame.

Para além de se afastar de sua função precípua, qual seja, a satisfação do interesse público, essas condições frustram o caráter competitivo da licitação. Nesse sentido, Marçal Justen Filho⁷ esclarece que:

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão, 3ª ed., São Paulo: Dialética, 2004.

"O ato convocatório tem de estabelecer as regras necessárias para seleção da proposta vantajosa. Se essas exigências serão ou não rigorosas, isso dependerá do tipo de prestação que o particular deverá assumir. **Respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão invalidas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter "competitivo" da licitação [...]"**

Também nesse sentido, a jurisprudência uniformizadora do Superior Tribunal de Justiça⁸ prescreve que:

"O procedimento licitatório há de ser o mais abrangente possível, dando azo à participação do maior número de concorrentes. A escolha final há de recair sempre na proposta mais vantajosa para a Administração". (grifamos).

Dessa forma, *concessa venia*, as condições previstas no edital, adiante mencionadas, deverão ser revistas e alteradas, de forma a não restringir o campo de competitividade da licitação.

II.1. Exigência de comprovação de certificações prévias ISO 27001 e WLA

Nesse caso, sendo certo que as certificações supracitadas não são imprescindíveis para execução da atividade, é possível perceber que tal exigência feita pela LOTERJ fere, expressamente, o disposto na Lei nº 8.666/93, vez que a documentação relativa à qualificação técnica constante do seu art. 30, se restringe ao seguinte rol taxativo:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

- I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;
- II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características,

⁸ .STJ – Pleno – MS n.º 5.602/DF – Rel. Min. Presidente Américo Luz, publicada no DJ de 04.02.98, Seção I, pág. 4.

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;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

[...]

§ 5ª 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.

Sobre o tema, o Plenário do Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 786/2006, assim asseverou:

“Essa forma de aferir a experiência dos licitantes tem sido criticada em deliberações do Tribunal (Acórdão 124/2002, Acórdão 571/2006, entre outros). (...) Essa linha de raciocínio leva também a conclusão e que o critério confere vantagem ao licitante detentor de vários atestados em detrimento do licitante que possui apenas um, não obstante ambos se encontrem na mesma situação, ou seja, aptos a executar o objeto. **Nessas circunstâncias, o critério viola o princípio da isonomia.** Por conseguinte, manifesto de acordo com a proposta da 5ª Sexec vazada no sentido de determinar à Spa/MDIC que se abstenha de estabelecer critérios que impliquem a apresentação de vários atestados visando a comprovar a experiência do licitante.”

Dessa forma, é cristalino que tal cláusula editalícia não merece prosperar, sobretudo diante da premente violação à lei que regula o procedimento licitatório, e que prima por garantir que as condições constantes do instrumento editalício sejam norteadas também pelo princípio da isonomia.

II.2. Exigência da comprovação de 3.000 (três mil) pontos de vendas no estado do Rio de Janeiro

Uma vez que os serviços de loteria do Estado do Rio de Janeiro vêm sendo explorados tão somente pela LOTERJ, o número elevado de pontos de venda só seria normalmente alcançado pela própria Contratante, situação que desestimula a participação de competidores na disputa licitatória, representando, portanto, flagrante ilegalidade do Edital ao prever circunstâncias que restringem o caráter competitivo do certame e prejudicam a seleção do melhor parceiro contratual pelo Poder Público, contrariando o art. 3º, da Lei nº 8.666/93, bem como o art. 37, da Constituição Federal.

O Tribunal de Contas da União é expresso nesse sentido:

REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE. PROCEDÊNCIA. ANULAÇÃO.

A indevida restrição da competitividade em razão de exigência editalícia que desobedece ao disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988 e nos arts. 3º, §1º e 30, §6º, da Lei de Licitações e Contratos, conduz a anulação do processo licitatório.

(TCU 00299920087, Relator: Valmir Campelo. Data de Julgamento: 25/06/2008)

Vê-se que exigências como essa impedem a execução do procedimento licitatório em si. Primeiro porque não há particular, no Estado do Rio de Janeiro, que consiga comprovar o número elevado de pontos de venda de jogos lotéricos, segundo porque tal condição conduz à anulação do processo licitatório pelas ofensas, tanto à Lei Maior, quanto ao diploma normativo de licitações.

E nem se diga que tal exigência poderia ser preenchida por outra empresa atuante no setor de comércio, mas não especificamente no setor lotérico.

Ora, a venda de produtos lotéricos exige conhecimento e treinamento específico de forma que, mesmo um Contratado que possua pontos de venda de outra natureza teria que desenvolvê-los especificamente para a comercialização de loterias.

Sendo assim, qual a necessidade de se exigir a preexistência dos 3000 (três mil) pontos de venda?

É certo que os requisitos atinentes à capacidade técnica devem ser proporcionais ao objeto que está sendo licitado e, conforme demonstrado, a exigência erigida no edital mostra-se absolutamente excessiva, considerando-se que, qualquer empresa com experiência de atuação no setor, poderá desenvolver os pontos **após** a contratação.

Portanto, é evidente que a exigência em comento serve apenas para restringir o caráter competitivo do certame.

II.3. Cobrança de adiantamento de R\$30.000.000,00 (trinta milhões de reais)

O item 9.1.1 do edital em comento determina o pagamento de R\$30.000.000,00 (trinta milhões de reais) a título de adiantamento do cumprimento da meta financeira do primeiro ano de contrato, sendo vedada a sua restituição ao Contratado.

Ora, não há qualquer justificativa do Poder Público em exigir tal adiantamento. E nem se diga que o montante se presta a dar

segurança à Contratante, pois, para isso, existe o instituto da garantia, também inserido no presente edital.

Pretende a Contratante que, após a homologação do resultado do certame, no prazo de 5 (cinco) dias, o Contratado tenha, à disposição, uma quantia extremamente elevada. Tal condição, como outras tratadas nos tópicos anteriores, ferem a competitividade do certame, na medida em que apenas empresas que disponham livremente de dezenas de milhões de reais poderão prestar o serviço licitado.

No entanto, o problema não reside somente na disponibilidade de valores vultuosos, mas no fim a que se destina. A Contratante pretende que tais valores sejam depositados em conta bancária de sua titularidade, sendo utilizados para garantir o cumprimento da meta financeira do primeiro ano de contrato.

Ora, independente dos gastos e rendimentos auferidos no primeiro ano, R\$30.000.000,00 (trinta milhões de reais) estarão comprometidos em conta de terceiro, sem qualquer possibilidade de restituição ao Contratado, impedindo, inclusive, que tais valores sejam investidos no próprio serviço a ser prestado.

E não há qualquer garantia que tal meta possa ser atingida, principalmente em se considerando o fato, já destacado anteriormente, que as projeções de faturamento constantes do edital não observam a realidade do mercado das loterias estaduais no Brasil.

Poder-se-ia afirmar, inclusive, que a exigência da antecipação do valor em referência representa uma forma de enriquecimento sem causa da Administração Pública, o que é veementemente proibido no ordenamento jurídico pátrio.

Portanto, deve ser extirpada do edital e do futuro instrumento contratual a cláusula que condiciona a sua assinatura ao pagamento dos valores supracitados.

III. DA CONCLUSÃO

Pelo exposto, requer seja acatada a presente Impugnação ao Edital nº 001/2021, a fim de que sejam modificadas e extirpadas as condições editalícias ora atacadas, bem como sejam juridicamente fundamentadas quaisquer decisões proferidas em relação àquelas.

De Belo Horizonte/MG para o Rio de Janeiro/RJ, 21 de junho de 2021.

LEONARDO GUIMARÃES
OAB/MG – 70.020

MARCELLO AUGUSTO LIMA VIEIRA DE MELLO
OAB/MG – 80.922

ANNA FLORENÇA ANASTASIA
OAB/MG - 51.607E