

## **ATA DE JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO AO** **EDITAL DE LEILÃO Nº 1/2018-PPI/PND**

Aos vinte e um dias do mês de junho de 2018, reuniram-se os integrantes da Comissão de Outorga para análise e julgamento da impugnação ao Edital de Leilão supramencionado, apresentada em 19/06/2018, por DANIELLA SOARES DE MIRANDA e WANDER LUIZ DA ROCHA FRANÇA, doravante denominados IMPUGNANTES.

### **I. HISTÓRICO**

Em 05/04/2018, foi publicado o Edital de Leilão nº 1/2018-PPI/PND, referente à concessão comum para a delegação da exploração do serviço público de loteria instantânea exclusiva – LOTEX. O certame foi divulgado através dos meios de comunicação de praxe (Portal do BNDES na Internet, jornal de grande circulação nacional e DOU do dia 05/04/2018, seção 03, pág. 166).

Em 01/06/2018 foi publicado, através dos mesmos meios, o aviso de prorrogação do referido Edital, adiando os prazos para Pedidos de Esclarecimentos, para Entrega de Propostas e demais documentos necessários à participação no leilão para realização da Sessão Pública do leilão.

Em 19/06/2018, foi protocolado, na sede do BNDES, impugnação ao Edital de Licitação em referência cujas razões são descritas, analisadas e julgadas a seguir.

### **II. TEMPESTIVIDADE**

De acordo com o Subitem nº 4.1 do Edital, *“sob pena de decadência do direito, eventual impugnação ao Edital deverá ser protocolada na sede do BNDES até 5 (cinco) dias úteis antes da data de início da Sessão Pública do Leilão”*.

Haja vista que a Sessão Pública do Leilão está prevista para ocorrer em 04/07/2018, conforme aviso de prorrogação publicado em 01/06/2018, verifica-se que a impugnação ora analisada é tempestiva.

### **III. RAZÕES DOS IMPUGNANTES**

Em suas razões de impugnação, os IMPUGNANTES alegam a existência de supostas falhas e irregularidades que viciam o Edital, bem como diversas e graves irregularidades e omissões que tornam o prosseguimento do processo licitatório prejudicial para o Estado, a sociedade e futuros concessionários. Nesse sentido, de modo a escoimar os supostos vícios e irregularidades apontados, requer o saneamento das falhas apontadas e a republicação do Edital, reabrindo-se o prazo inicialmente previsto.

Resumidamente, os supostos vícios apontados pelos IMPUGNANTES são:

- a) o conflito entre o Edital de Leilão nº 1/2018-PPI/PND e a Lei nº 8.987/1995, no que se refere à determinação de possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias;
- b) o conflito entre o Edital de Leilão nº 1/2018-PPI/PND e a Lei nº 8.987/1995, no que se refere à definição de metas da concessão;
- c) a incompatibilidade entre o prazo previsto na cláusula 9.2.6 da Minuta de Contrato e o disposto na Lei nº 12.527/2011; e
- d) o conflito entre o Edital de Leilão nº 1/2018-PPI/PND e a Lei nº 8.987/1995, no que se refere à descrição dos requisitos técnicos para exploração da loteria instantânea no meio virtual.

#### IV. ANÁLISE DAS RAZÕES DOS IMPUGNANTES

Tendo em vista os blocos de argumentos articulados na Impugnação e sintetizados acima, passa-se à análise das razões apresentadas.

- a) O conflito entre o Edital de Leilão nº 1/2018-PPI/PND e a Lei nº 8.987/1995, no que se refere à determinação de possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias

A primeira questão levantada pelos IMPUGNANTES diz respeito a um suposto conflito entre o Edital de Leilão nº 1/2018-PPI/PND e o estabelecido no inciso VI do art. 18 da Lei nº 8.987/1995, por não enumerar as possíveis receitas alternativas, ainda que de forma não exaustiva.

De acordo com o art. 18, inciso VI, da Lei nº 8.987/1995, o edital de licitação da concessão deverá prever “as possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias,

*bem como as provenientes de projetos associados”, conjuntamente denominadas “receitas extraordinárias”.*

O dispositivo em questão deve ser interpretado à luz do art. 11 do mesmo diploma legal ao aduzir que “*no atendimento às **peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente** prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas (...)*”.

Como soa do dispositivo, a definição de receitas extraordinárias deve atender às “*peculiaridades de cada serviço público*”. Nesse ponto, é preciso relevar que a exploração da LOTEX constitui um projeto *greenfield* e ainda o caráter *sui generis* da LOTEX enquanto serviço público.

Em atenção a essas características, a Minuta de Contrato da LOTEX estipula ampla liberdade à futura Concessionária do serviço público para estabelecer os critérios de sua operação. Dessa maneira, entendeu-se, na mesma medida, por não fixar antecipadamente um rol de fontes de receitas extraordinárias a serem perseguidas pelo operador da LOTEX. Ademais, como se verifica também no dispositivo acima citado, a expressão “*poderá o Poder Concedente*” denota que a incorporação de receitas extraordinárias na modelagem da concessão constitui decisão discricionária da Administração Pública. Nesse passo, a falta de especificação sobre fontes de receitas extraordinárias poderia conduzir, em última análise, na vedação quanto à exploração de tais receitas, o que, a toda evidência, não resultaria em benefício nem à Concessionária e nem mesmo ao Poder Concedente.

Vale refletir, nessa toada, que os estudos produzidos pelo BNDES para a concessão da LOTEX não são vinculativos em relação à futura Concessionária, nos termos do Subitem nº 2.4.1 do Edital. Desse modo, não há obrigatoriedade para que a Concessionária explore receitas extraordinárias.

Não obstante, conforme Subcláusula 18.4 da Minuta de Contrato, uma vez autorizada a exploração de fontes de receitas extraordinárias, os benefícios econômicos decorrentes devem ser compartilhados não apenas com o Poder Concedente, mas também com os apostadores da LOTEX, incorporando-se parte de tais receitas ao plano de premiação. A participação do Poder Concedente sobre as receitas extraordinárias ao longo do prazo da concessão permite captar os benefícios efetivos advindos dos conhecimentos de mercado a serem aplicados pela futura Concessionária, constituindo mais um ganho diferido em prol do interesse público, além dos repasses obrigatórios previstos em lei.

b) O conflito entre o Edital de Leilão Nº 1/2018-PPI/PND e a Lei nº 8.987/1995, no que se refere à definição de metas da concessão

O segundo ponto diz respeito a um suposto conflito entre Edital de Leilão Nº 1/2018-PPI/PND e o estabelecido no inciso I do art. 18 da Lei nº 8.987/1995, por não estabelecer metas de arrecadação.

Inicialmente, cabe destacar que os indicadores e parâmetros de desempenho da LOTEX estão claramente definidos e descritos no Anexo 2 da Minuta de Contrato.

Como já colocado anteriormente, trata-se de um empreendimento *greenfield*, sem paradigmas no Brasil. Dessa forma, o Poder Concedente optou, dentro da sua discricionariedade, por conferir à Concessionária liberdade operacional para exploração do serviço público de LOTEX. Vale frisar que a futura Concessionária deverá assumir riscos inerentes à liberdade operacional que lhe será conferida, inclusive o risco da demanda, conforme Subcláusula 15.1.1 da Minuta de Contrato. Nessa linha, o estabelecimento de metas de arrecadação, sem histórico efetivo sobre o comportamento de mercado no Brasil, poderia significar uma alocação de risco irrazoável para a Concessionária da LOTEX.

Destaque-se que, uma vez que a remuneração da concessão advém principalmente da arrecadação da LOTEX, conforme Subcláusula nº 13.1 da Minuta de Contrato, a Concessionária tem todo interesse em maximizar tal arrecadação, conseqüentemente maximizando os recursos que serão repassados à Conta Única do Tesouro.

c) A incompatibilidade entre o prazo previsto na cláusula 9.2.6 da Minuta de Contrato e o disposto na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011

O terceiro elemento que enseja o inconformismo dos IMPUGNANTES se refere à Subcláusula nº 9.2.6 da Minuta de Contrato, transcrita a seguir:

*“9.2 São atribuições do Poder Concedente:*

*9.2.6 Exigir que a SEFEL, no âmbito do seu poder de fiscalização, ou de quem lhe faça às vezes no exercício desta função, mantenha sigilo acerca de informações confidenciais da Concessionária às quais venha a ter acesso, por **período não inferior a 100 (cem) anos a contar da respectiva produção**, assim entendidas como aquelas que não podem*

*ser compartilhadas sem causar prejuízos à Concessionária, desde que tais informações estejam expressamente identificadas e rotuladas desta forma”.*

Diferentemente do que foi alegado pelos IMPUGNANTES, a regra constante na Subcláusula nº 9.2.6 não é ilegal e nem contraria o princípio do direito à informação.

Essa questão foi esclarecida por esta Comissão de Outorga na resposta à questão 04 da Solicitação de Esclarecimento nº 13, transcrita a seguir:

*“A subcláusula 9.2.6 da Minuta de Contrato deve ser abordada com base na Lei nº 12.527, de 18/11/2011 (Lei de Acesso à Informação – LAI). De acordo com o art. 22 da LAI, as disposições da Lei não excluem “as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público”. Nesse aspecto, vale destacar os casos de sigilo empresarial, industrial, fiscal e bancário, que não seguem a classificação de sigilo nem a restrição de acesso pelos prazos determinados pela LAI (reservado, secreto e ultrassecreto).*

*Nessa linha, o art. 31, § 1º, inciso I, da LAI trata do prazo para preservação de informações pessoais que eventualmente venham a ser detidas pelo Poder Público, apresentando expressamente o prazo de 100 (cem) anos de restrição de acesso, em linha com o exigido na Minuta da Contrato”.*

- d) O conflito entre o Edital de Leilão nº 1/2018-PPI/PND e a Lei nº 8.987/1995, no que se refere à descrição dos requisitos técnicos para exploração da loteria instantânea no meio virtual

O último bloco diz respeito a um suposto conflito entre Edital de Leilão nº 1/2018-PPI/PND e o estabelecido no inciso II do art. 18 da Lei 8.987/1995, por não estabelecer requisitos de exploração do jogo virtual.

Conforme manifestação da Comissão de Outorga na resposta à questão 04 da Solicitação de Esclarecimento nº 7, “o futuro concessionário tem total liberdade para adotar e definir as

*formas, os tipos e os volumes de canais de distribuição a serem empregados na comercialização da LOTEX”.*

Dessa forma, cabe ao licitante, dentro da elaboração de sua proposta, considerar o tipo de operação em canal eletrônico que considera mais adequada à exploração do serviço público de LOTEX.

Por fim, é importante esclarecer que a aprovação pelo Poder Concedente com relação às séries ofertadas pela Concessionária, seja em meio física e virtual, está pautada por critérios definidos descritos no Decreto nº 9.327/2018, em especial seu art. 9º, § 1º.

## **V. CONCLUSÃO**

Pelas razões acima expostas, decide-se por negar provimento à Impugnação apresentada por DANIELLA SOARES DE MIRANDA e WANDER LUIZ DA ROCHA FRANÇA, mantendo-se o Edital nos seus devidos termos.

---

Francisco de Araújo Coser  
Vice Presidente da Comissão de Outorga

---

Heldo Matos Monteiro Vieira  
Membro da Comissão de Outorga

---

Ricardo Tomaz Tannure  
Membro da Comissão de Outorga