

TC 010.604/2016-2**Tipo:** Desestatização**Unidade jurisdicionada:** Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES); Secretaria de Avaliação de Políticas Públicas, Planejamento, Energia e Loteria (SECAP); Ministério da Economia;**Interessados:** Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), vinculada à Secretaria-Geral da Presidência da República (PR)**Responsáveis:** Gustavo José de Guimarães e Souza (CPF 037.078.376-02)**Procuradores:** Geide Daiana Conceição (OAB/DF 51.910) Danilo Messere Romancini (OAB 25.054/DF) e outros constantes às peças 43, 53, 54, 65, 70 e 90
Interessado em sustentação oral: não há**Relator:** Aroldo Cedraz**Proposta:** Mérito**INTRODUÇÃO**

1. Cuidam os autos de fiscalização de outorga de concessão do serviço público de Loteria Instantânea Exclusiva (Lotex). Em instrução anterior da SecexFinanças (peça 162) foram analisados o segundo e o terceiro estágio, nos termos da IN-TCU 27/1998, especialmente do seu art. 7º, incisos II e III. O Tribunal aprovou os estágios por meio do Acórdão 1421/2020-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Aroldo Cedraz.

2. A última etapa para a finalização do processo de concessão seria o 4º estágio, momento em que devem ser avaliados o ato de outorga da concessão bem como o contrato de concessão. Ocorre que o poder concedente não concluiu essa etapa, em razão de inconformidades do licitante vencedor, o **Consórcio Estrela Instantânea**, composto pelas empresas *Scientific Games Italy Investments S.R.L.* (SG) e *IGT Global Services Limited* (IGT), que não cumpriu as exigências necessárias para a assinatura do contrato de concessão, conforme será exposto no decorrer das análises.

3. A presente instrução avaliará os fatos **apresentados pelo poder concedente acerca da impossibilidade de continuidade do processo de outorga do serviço público da Lotex**, de acordo com o informado pelo BNDES à peça 199 deste processo.

4. Vale reforçar que, como exposto em instrução anterior desta unidade técnica (peça 162), as análises deste processo se darão nos termos da IN 27/1998, em atendimento ao disposto no §2º do art. 15 da IN-TCU 81/2018, que exigiu sua aplicação apenas para desestatizações iniciadas a partir do ano de 2019.

HISTÓRICO

5. A seguir, faz-se um breve relato do processo até o momento atual, de acordo com as análises dos estágios da concessão.

6. O primeiro estágio foi avaliado inicialmente à peça 60, por instrução da então Secretaria de Controle Externo do Rio de Janeiro Secex-RJ e, em coparticipação, posteriormente analisado pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil SeinfraRodoviaAviação (peça 86). As unidades técnicas propuseram a aprovação do primeiro estágio, o que foi acatado pelo Plenário do TCU, no âmbito do Acórdão 514/2018-TCU-Plenário, de 14 de março de 2018, de relatoria do eminente Min. Aroldo Cedraz (peça 92).

7. Em razão de terem ocorrido duas deserções na licitação, foram realizadas alterações pelo poder concedente no primeiro estágio, inclusive alterações na modelagem econômico-financeira da concessão, o que gerou a necessidade de nova análise pelo Tribunal de Contas da União, para constatar eventuais reflexos e seus impactos para a concessão da Lotex.

8. Essa nova análise foi realizada pela Secretaria de Controle Externo do Sistema Financeiro Nacional e dos Fundos de Pensão (SecexFinanças) à peça 133, com entendimento de que as alterações, inclusive na modelagem econômico-financeira estavam de acordo com os requisitos do primeiro estágio da concessão, conforme previsto no art. 7º, I, 'a', da Instrução Normativa TCU 27/1998. O TCU se manifestou de acordo com a proposta da SecexFinanças, aprovando as alterações por meio do Acórdão 2433/2019-TCU-Plenário, de 9 de outubro de 2019 (peça 137).

9. O segundo e o terceiro estágios foram avaliados em conjunto à peça 162 pela SecexFinanças, que se manifestou favoravelmente à aprovação, com o seguinte encaminhamento:

100. Finalmente, será proposto ao Tribunal para considerar que, sob o ponto de vista formal, foram cumpridos os requisitos do segundo e terceiro estágios da outorga, não obstante a oportunidade de o TCU **fixar prazo** para que o Ministério da Economia/SECAP realize e remeta ao TCU, **em 60 dias**, uma análise dos riscos relacionadas com a Concessão da Lotex, com foco nos riscos regulatórios e de lavagem de dinheiro, evasão de divisas e financiamento ao terrorismo, de modo a considerar essa análise para a elaboração dos normativos que irão regular o serviço da Loteria Instantânea Exclusiva (Lotex).

10. Na ocasião, o Tribunal apreciou a manifestação da SecexFinanças por meio do Acórdão 1421/2020-TCU-Plenário, de 3/6/2020, de relatoria do relator Ministro Aroldo Cedraz. A partir desse momento, ficou sob a responsabilidade do poder concedente seguir com o estágio final da concessão da Lotex, o que será avaliado no tópico seguinte (peça 177).

EXAME TÉCNICO

11. A partir do Acórdão 1421/2020-TCU-Plenário, ficou aprovada a continuidade da concessão da Lotex, que precisaria cumprir as exigências do quarto e último estágio para a licitação ser concluída, com a realização dos atos de outorga e a assinatura do contrato de concessão.

12. Nesse momento deveriam ser realizados e remetidos para avaliação do Tribunal: a) o ato de outorga; e b) o contrato de concessão ou de permissão. Ocorre que esse estágio não chegou a ser concluído, conforme informações do poder concedente que serão analisadas por esta unidade técnica (peça 199).

13. Nos termos do inciso IV do art. 8º da IN-TCU 27/1998, o dirigente do poder concedente deve remeter ao Tribunal a documentação relativa ao quarto estágio em até cinco dias após a assinatura do termo contratual. Considerando a não continuidade do procedimento licitatório, o poder concedente se manifestou perante o TCU após dar-se cumprimento aos procedimentos normativos previstos para exigência da garantia, manifestação em recursos e análise das defesas. As informações foram devidamente formalizadas à peça 199.

14. O Ofício do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) AEP/DEP1 01/2021, de 27 de abril de 2021 (peça 199) remete ao Tribunal de Contas da União o detalhamento das últimas ações relativas ao processo licitatório da Lotex até culminar com o poder concedente realizando a execução da garantia dada pelo Consórcio Estrela Instantânea, no montante de R\$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de reais). Esse montante foi garantido em partes iguais pelas duas empresas consorciadas, ou seja, R\$ 12.500.000,00 (doze milhões e quinhentos mil reais) dados em garantia pela empresa *Scientific Games Italy Investments S.R.L.* (SG) e mais R\$ 12.500.000,00 (doze milhões e quinhentos mil reais) pela empresa *IGT Global Services Limited* (IGT). A comunicação às empresas consorciadas foi realizada conforme registrado à peça 199, p. 157 a 169.

15. O prazo previsto em edital para a empresa adjudicatária comprovar o cumprimento de todas as condições necessárias à assinatura do contrato foi de até 60 dias úteis após a publicação da homologação do resultado do Leilão pelo BNDES (peça 102, p. 36). Conforme exposto pelo BNDES (peça 199, p. 1), essa comprovação não ocorreu e o pedido de prorrogação pelo mesmo prazo de 60 dias úteis foi deferido pelo Ministério da Economia ao Consórcio Estrela Instantânea, que deveria comprovar todas as condições exigidas para a assinatura até no máximo dia 29/6/2020.

16. O novo prazo concedido não foi atendido pelo Consórcio Estrela Instantânea e, novamente, foi solicitada a prorrogação do prazo, o que foi atendido pelo Ministério da Economia (peça 199, p. 6), com a justificativa dos impactos decorrentes da Covid-19 para permitir essa nova e excepcional prorrogação. Assim, o prazo final previsto com a novel prorrogação foi para comprovação de todos os requisitos para a assinatura do contrato serem apresentados até a data de 21/9/2020.

17. Ocorreu que, novamente, o Consórcio Estrela Instantânea não apresentou os requisitos para a assinatura do contrato de concessão e, ainda, solicitou ao Ministério da Economia outra prorrogação dos prazos (peça 199, p. 9). Naquela ocasião, o consórcio alegou que aguardava resposta da Caixa Econômica Federal sobre a aprovação de eventual contrato de distribuição a ser celebrado com o consórcio (peça 199, p. 12). Outra alegação do consórcio para tentar justificar o terceiro pedido de prorrogação foi a dificuldade gerada pela pandemia da Covid-19 e os *lockdowns*, o que teria gerado dificuldade para registrar em cartório os documentos necessários à nomeação dos conselheiros estrangeiros perante a Junta Comercial do Estado de São Paulo (peça 199, p. 16).

18. O Ministério da Economia decidiu não conceder novo prazo para o Consórcio Estrela Instantânea e indeferir o pleito do consórcio pelos motivos expostos a seguir (peça 199, p. 171 e 172):

a) O edital da licitação, mais especificamente na **minuta do contrato de concessão (3780270), anexo ao edital, prevê em seu item 9.4 que "Fica desde já estabelecido que a Concessionária terá ampla liberdade para selecionar e contratar os PDVs para a comercialização da LOTEX, assim como para estabelecer, por qualquer meio, a estrutura necessária para o pagamento de prêmios aos Apostadores, observada a legislação aplicável"** - o que dá ampla e total liberdade para o concessionário da LOTEX estabelecer seus pontos de venda e locais de pagamento de prêmios, dentro da conveniência mercadológica;

b) **A relação contratual entre a Caixa Econômica Federal (CEF) e o Consórcio EIL é uma relação comercial privada entre terceiros, a qual foi aventada como mera possibilidade nos comunicados que antecederam o leilão, sempre com a ressalva de que eventual formalização do acordo estava condicionada à aprovação pelas instâncias de governança da CEF;**

c) A troca de correspondências eletrônicas apresentadas como demonstração de uma possível relação comercial com a CEF em nada indica que haverá uma celebração contratual com aquela empresa pública nos próximos quinze dias úteis;

d) **O atual processo licitatório já foi amplamente flexibilizado, em termos de ajuste de cronograma, nas duas prorrogações anteriores;** A primeira, que postergou o prazo de

comprovação das condições prévias do contrato de 19/03/2020 para 29/06/2020, por solicitação do consórcio em razão de "em razão dos trâmites jurídicos e burocráticos envolvendo ambas empresas internacionais constituintes da SPE", em março de 2020. A segunda prorrogação, em junho de 2020, novamente motivada por solicitação do consórcio, em razão do impacto superveniente da COVID-19, alterou o prazo de comprovação das condições prévias do contrato de 29/06/2020 para 21/09/2020.

e) **Manifestação anterior da Comissão de outorga (2324631), item 7, já havia deixado claro que não celebrar contrato comercial com a CEF não seria justificativa suficiente para afastar as obrigações do Consórcio:** "[...] caso a Adjudicatária não venha celebrar contrato comercial com a Caixa Econômica Federal para utilização da rede comercial, de acordo com as condições comerciais não vinculantes divulgadas por meio dos Avisos 7 e 8 da Comissão de Outorga da licitação ("Contrato Comercial"), **tal fato não será considerado justificativa aceitável e suficiente para afastar integralmente as penalidades decorrentes da recusa em celebrar o Contrato de Concessão, nos termos dos itens 15.5.1 e 15.5.2. do Edital**".

f) Não restaram comprovado qualquer avanço na negociação contratual entre o Consórcio EIL e aquela empresa pública ou qualquer horizonte de solução nos próximos 15 (quinze) dias úteis, em razão dos riscos apontados na referida correspondência, e

g) **Soma-se ainda o fato de que flexibilização do cronograma da licitação é medida excepcional, que só pode ser adotada de forma motivada, mediante análise de fatos e circunstâncias pertinentes, de modo a não se levar à aceitação de condições não oferecidas ao público amplo quando do momento da licitação.** (grifos nossos)

19. Diante das justificativas do poder concedente para não autorizar a terceira prorrogação seguida do prazo, verifica-se que **o Ministério da Economia agiu amparado pelo edital de concessão**, o qual faculta a decisão de prorrogar o certame de acordo com a conveniência e oportunidade do poder concedente. No caso específico **ocorreram duas concessões de prorrogações** e, também, havia a liberdade para o eventual concessionário escolher e contratar os Pontos de Venda (PDVs), **que poderiam ou não serem formados com a participação da Caixa**.

20. Por isso, considerou-se **o fato de o concessionário ter a liberdade para definir seus parceiros de distribuição** dos bilhetes não ser razoável uma terceira prorrogação do prazo de assinatura do contrato pela ausência de um acordo com um dos eventuais distribuidores possíveis, como seria a Caixa Econômica Federal.

21. Outro fator relevante trazido à baila pelo poder concedente para não prorrogar o prazo e executar a garantia editalícia foi que as sucessivas prorrogações realizadas não estavam previstas no edital disponível a todos os interessados em participar do certame, sendo o prazo disponível para estar apto a operar no país um fator relevante do ponto de vista técnico e financeiro, o que representa um fator de restrição à entrada de novos interessados, que poderiam ter aderido ao certame caso fosse disponibilizado prazos maiores.

22. Vale reforçar que, conforme exposto em instrução precedente desta unidade técnica, o entendimento do Tribunal referente ao controle do TCU sobre os atos de regulação dos seus jurisdicionados é de segunda ordem. Isso significa que não cabe ao TCU a fiscalização direta, tampouco decidir sobre os aspectos relacionados com a outorga de um serviço público, conforme verifica-se no Acórdão 1703/2004-Plenário, de relatoria do eminente Min Benjamin Zymler (sem grifos no original):

25. Com fulcro nessas breves considerações, entendo ter ficado patente que o TCU possui competência para fiscalizar as atividades finalísticas das agências reguladoras. Entretanto, cumpre analisar a forma como o Tribunal deve atuar e os limites dessa atuação.

26. **O TCU deve atuar de forma complementar à ação das entidades reguladoras no que concerne ao acompanhamento da outorga e da execução contratual dos serviços concedidos.** Afinal, o fato de o Poder Concedente deter competência originária para fiscalizar a atuação das

concessionárias não impede a atuação cooperativa e suplementar do TCU, que pode, assim, fiscalizar a prestação dos serviços públicos delegados. **Por outro lado, a Corte de Contas não pode substituir o órgão regulador, sob pena de atuar de forma contrária à Constituição Federal. Nesse sentido, cumpre reiterar que a fiscalização do Tribunal deve ser sempre de segunda ordem**, sendo seu objeto a atuação das agências reguladoras como agentes estabilizadores e mediadores do jogo regulatório. Logo, essa fiscalização não deve versar sobre o jogo regulatório em si mesmo considerado.

23. Destaca-se que esse controle de segunda ordem permite inclusive a expedição de determinações pelo TCU em assuntos de discricionariedade técnica dos jurisdicionados, em caso de violação do ordenamento jurídico, conforme bem exposto no Acórdão 1166/2019-Plenário, de relatoria do eminente Min. Augusto Nardes (sem grifos no original):

Assiste razão à recorrente quanto ao fato de o controle exercido pelo TCU ser de segunda ordem. Ocorre que, conforme a jurisprudência citada pelo próprio recorrente, **a discricionariedade técnica conferida aos administradores das agências reguladoras e de qualquer outro ente público não constitui fator impeditivo para o exercício das competências do TCU, pois o Tribunal deve fazer determinações se restar comprovada a ilegalidade e demonstrada a pertinência técnica das recomendações.**

(...)

Registre-se ainda que o TCU pode determinar medidas corretivas a ato praticado na esfera de discricionariedade das agências reguladoras, desde que esse ato viole o ordenamento jurídico, do qual fazem parte os princípios da economicidade da Administração Pública e da modicidade tarifária na prestação de serviços públicos (cf. Acórdão 644/2016 – Plenário, de relatoria do Exmo. Min. Walton Alencar Rodrigues).

São estes aspectos que caracterizam o controle do TCU sobre os atos de regulação como de segunda ordem, na medida que **o limite a ele imposto esbarra na esfera de discricionariedade conferida ao ente regulador, sendo vocacionado para exarar determinações apenas quando for constatada a prática de atos ilegais.**

24. É certo que a competência fiscalizatória do Tribunal em relação ao processo de concessão da Lotex é de segunda ordem, no entanto, não há óbice à expedição de recomendações e determinações por parte do Tribunal de Contas da União caso ocorram ilegalidades ou mesmo descumprimento dos princípios da administração pública.

25. Além disso, a não assinatura do contrato por parte do Consórcio Estrela Instantânea resultou na execução da garantia no montante de R\$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de reais), quantia definida em edital para arcar com as despesas do poder público decorrentes da realização do certame, representando também uma penalidade ao licitante pelo descumprimento de previsão do edital. Considerando que o poder concedente recebeu os valores devidos a título de garantia (peça 199, p. 182 a 185), não foram vislumbradas medidas adicionais a serem adotadas por parte do TCU, tampouco há qualquer exigência na IN 27/1998 para essa situação.

26. Em decorrência das análises realizadas por esta unidade técnica sobre a documentação trazida pelo poder concedente acerca da situação da licitação da Lotex, não foi verificada qualquer irregularidade por parte do poder concedente durante o processo, motivo pelo qual será proposto ao Tribunal de Contas da União o encerramento deste processo de acompanhamento de desestatização, sem prejuízo de que um novo acompanhamento ocorra, caso seja iniciado outro processo para a concessão do serviço público de Loteria Instantânea.

27. Nesse contexto, o cumprimento das exigências normativas, especialmente do edital de concessão, faz-se necessário para assegurar, ao menos, que o concessionário preste um serviço adequado nos termos da Lei nº 8.987/1998 (Lei de concessões e permissões de serviços públicos), conforme o § 1º, do seu artigo 6º: **“§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua**

prestação e modicidade das tarifas". Desse modo, cabe ao poder concedente regular o processo de desestatização do serviço público da Lotex, devendo fazer cumprir os normativos que regulam as atividades do concessionário, inclusive com medidas sancionatórias previstas.

CONCLUSÃO

28. A partir dos exames da documentação encaminhada pelo BNDES (peça 199) sobre o quarto estágio da IN-TCU 27/1998 (art. 7º, inciso IV), não se observou irregularidade ou não-conformidade que merecesse atuação adicional do Tribunal nesse processo de concessão. Dessa forma, esta unidade técnica considerou **inexistir irregularidade capaz de provocar a atuação aditiva do Tribunal de Contas da União no caso em análise**.

29. Por todo exposto, relativamente à documentação recebida do BNDES, as análises realizadas por esta unidade técnica não identificaram qualquer aspecto ou questionamento contrário às ações do poder concedente, havendo concordância com as análises do Ministério da Economia e do BNDES sobre o andamento do processo de concessão da Lotex e demais exigências normativas. **A não adjudicação do objeto deu-se em decorrência exclusiva do não atendimento às exigências editalícias pelo Consórcio Estrela Instantânea, mais especificamente o item 15.3, II, III, IV e VI**, mesmo com a autorização, pelo poder concedente, de duas prorrogações de 60 dias úteis cada uma para que o consórcio se adequasse às exigências previstas em edital para a assinatura do contrato.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

30. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

a) considerar que não foram observadas irregularidades capazes de demandar ação adicional do TCU sobre o encerramento da concessão da Lotex sem a assinatura do contrato por parte do consórcio vencedor, Consórcio Estrela Instantânea;

b) notificar o Ministério da Economia para que informe ao Tribunal de Contas da União sobre eventual interesse em realizar nova concessão do serviço público de Loteria Instantânea Exclusiva (Lotex), remetendo documentação relacionada, caso haja qualquer providência adotada para nova licitação, conforme dispõe a Instrução Normativa – TCU 81, de 20 de junho de 2018;

c) encaminhar cópia do Acórdão, bem como do Relatório e da Proposta de Deliberação que o fundamentam:

i) ao Ministério da Economia;

ii) ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES);

iii) à Secretaria de Avaliação, Planejamento, Energia e Loteria (Secap);

iv) ao Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República (PPI).

d) arquivar os autos, com base no art. 169, V do Regimento Interno do TCU.

SecexFinanças, 4ª DT, 27 de julho de 2021.

(Assinado eletronicamente)

Andre Jacintho dos Santos

Auditor Federal de Controle Externo

Mat. 6538-2

(Assinado eletronicamente)

Victor Souza Lopes de Oliveira

Auditor Federal de Controle Externo

Mat. 6538-2