

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

Interessado: Estrela Instantânea Loteria SPE S.A.

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 202), foram analisados 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.

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. No mérito, esta Secretaria concluiu que não foram observadas irregularidades capazes de demandar ação adicional do TCU, em particular quanto ao encerramento do processo de concessão da Lotex sem a assinatura do contrato por parte do consórcio vencedor, Consórcio Estrela Instantânea.

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 Ministro 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, de relatoria do Exmo. Ministro Aroldo Cedraz (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 (peça 177).

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. Nesse momento deveriam ser elaborados e remetidos para avaliação do Tribunal: a) o ato de outorga; e b) o contrato de concessão ou de permissão.

12. Por meio do Ofício AEP/DEP1 01/2021, de 27 de abril de 2021, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) encaminhou a este Tribunal 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 (peça 199, p. 157 a 169).

13. Em 17/5/2021, o consórcio Estrela Instantânea Loteria SPE S.A. ("EIL") solicitou ingresso nos autos como interessada, o que foi deferido pelo Relator, Exmo. Ministro Aroldo Cedraz, em 9/11/2021 (peça 206).

14. A instrução anterior, peça 202, examinou a documentação encaminhada pelo BNDES (peça 199) sobre o quarto estágio da IN-TCU 27/1998 (art. 7º, inciso IV) e não se observou irregularidade ou não-conformidade que merecesse atuação adicional do Tribunal nesse processo de concessão. De igual modo, foi registrada concordância desta Secretaria quanto às análises do Ministério da Economia e do BNDES que motivaram a execução da garantia da proposta em razão da não assinatura do contrato por parte do Consórcio Estrela Instantânea.

MANIFESTAÇÃO

15. Por meio do expediente de peça 207 o consórcio Estrela Instantânea Loteria apresenta petição a este Tribunal na qual busca comprovar que, apesar de não ter sido capaz de cumprir as condições necessárias para celebração do contrato de concessão da Lotex, vislumbra que poderá cumprir as exigências em momento posterior e que, portanto, persiste seu interesse na exploração da

concessão do referido serviço.

16. Alega, preliminarmente, que houve prejuízo para a EIL e para o próprio erário, em razão da demora do deferimento do ingresso da EIL no processo porque a SecexFinanças produziu um parecer conclusivo com base exclusivamente em documentos já constantes do processo, principalmente a documentação apresentada pelo BNDES em 4/5/2021, sem que a EIL tivesse tido a oportunidade de apresentar seus esclarecimentos e documentos.

17. Argumenta que o seu ingresso como parte interessada neste instante requer a anulação, pelo menos parcial, do parecer conclusivo da SecexFinanças de 3/8/2021 (peça 202), uma vez que a EIL foi privada do direito de se manifestar nos autos.

18. Alega que não se aplica ao presente processo de concessão o entendimento segundo o qual o controle do Tribunal sobre os atos de regulação dos órgãos jurisdicionados é de segunda ordem, não cabendo à Corte a fiscalização direta sobre tais atos, tampouco decidir sobre os aspectos relacionados com a outorga de serviço público. No presente caso, ressalta, o Tribunal atua na fiscalização de uma licitação para a concessão de um serviço público a um ente privado, com base na Lei de Concessão e Permissão de Serviços Públicos (Lei 8.987/1997) e na Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8.666/1993).

19. Ressalta que com relação à abrangência da atuação do TCU no exercício de sua competência fiscalizatória, é necessário reconhecer que o Tribunal deve verificar não apenas a legalidade e a legitimidade dos atos praticados, mas, também a economicidade, a eficiência, a eficácia e a efetividade dos atos praticados pelos órgãos jurisdicionados, como deixa claro o art. 230 do RITCU. Por esta razão, argumenta, a atuação deste Tribunal não deve se restringir somente à apreciação da regularidade e legalidade dos atos praticados pelo Ministério da Economia e pelo BNDES na condução do processo de concessão da Lotex, mas também incluir o exame da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade dos atos praticados.

20. Esclarece que a EIL justificou ao Ministério da Economia porque não poderia cumprir, até 21/9/2020, todas as condições prévias para a assinatura do contrato de concessão da Lotex e requereu nova prorrogação do prazo motivada, principalmente, pelas dificuldades impostas pela pandemia da Covid-19 nas preparações para que o Consórcio Estrela Instantânea pudesse iniciar suas operações, da omissão da Caixa Econômica Federal (CEF) em celebrar o contrato de distribuição de produtos lotéricos e de pagamento de prêmios em sua rede lotérica, e, pouco após 21/9/2020, da decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em 30/9/2020, de permitir a atuação ampla das loterias estaduais o que implicou, na prática, o fim da exclusividade da Lotex no território nacional, permitindo que outras unidades da federação possam também operar loterias instantâneas.

21. Argumenta que, em razão de todos os recursos financeiros, humanos e de tempo dedicados a este projeto desde 2016, o prosseguimento da concessão da Lotex estaria atendendo ao interesse público, desde que o Ministério da Economia e o BNDES concordassem em revisar certos pontos do projeto.

22. Nesta linha, argumenta, a EIL teria interesse em negociar com o ME e com o BNDES soluções para os impactos tanto da pandemia da Covid-19 quanto da liberação das loterias estaduais pelo STF, com vistas a se avançar no processo de concessão da Lotex, condicionado, destaca, a não aplicação de outras penalidades à EIL e ausência de responsabilização dos agentes públicos do poder concedente pelos atos praticados até o momento no processo de concessão.

23. Argumenta que este Tribunal deveria determinar ao ME e ao BNDES que discutisse com a EIL a possibilidade de prosseguimento do processo de concessão da Lotex, considerando as condições já listadas. Adicionalmente, destaca, o TCU poderia demandar a CEF sobre os motivos pelos quais ela não assinou o contrato de distribuição com a EIL, mesmo após a conclusão das negociações que demoraram sete meses, e, ao agir assim, coloca em risco a concessão da Lotex.

24. Por fim, como pedido, requer a este Tribunal que:

i) seja anulado o parecer apresentado pela SecexFinanças em 3/8/2021, ao menos no que se refere ao encerramento do processo de concessão da Lotex;

ii) determine ao Ministério da Economia – ME e ao BNDES que negocie com a EIL a revisão de pontos do processo de concessão da Lotex;

iii) intime a Caixa para que esclareça por que não assinou o contrato de concessão com a EIL, mesmo após ter completado as negociações que duraram sete meses;

iv) confirme o entendimento contido no parecer conclusivo da SecexFinanças na parte em que considera desnecessária tanto a aplicação de qualquer penalidade adicional à EIL quanto a responsabilização dos agentes públicos do Ministério e do BNDES pelos atos praticados no curso do processo de concessão.

EXAME TÉCNICO

25. Preliminarmente, cabe destacar que, com relação ao alegado prejuízo para o Consórcio Estrela Instantânea Loteria (EIL) em razão da demora do deferimento da solicitação de ingresso da empresa como interessada, os representantes legais do consórcio, por meio do Conecta TCU, tiveram acesso integral aos autos em 21 de maio de 2021, imediatamente após a solicitação. Ainda que naquele momento não gozasse o consórcio da condição de parte interessada, poderia ter apresentado petição a este Tribunal, o que teria sido recepcionado como memorial, nos termos do §3º do art. 160 do RITCU.

26. Desta forma, são descabidas quaisquer alegações de prejuízo aos interesses da empresa ou ainda ao erário em razão do deferimento ‘tardio’ do ingresso da EIL como interessada no processo uma vez que foi facultado aos representantes legais o acesso integral aos autos e suas razões estão sendo examinadas neste momento.

27. Por meio do Ofício AEP/DEP1 01/2021, de 27 de abril de 2021, o BNDES detalhou a este Tribunal as 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). Conforme detalhado pelo BNDES, foram concedidas duas prorrogações de prazo para que a EIL apresentasse os requisitos para assinatura do contrato de concessão (peça 199).

28. Conforme já destacado, para solicitar a prorrogação dos prazos, a empresa alegava que aguardava uma resposta da Caixa Econômica Federal sobre a aprovação de eventual contrato de distribuição a ser celebrado com o consórcio, bem como dificuldades operacionais decorrentes das restrições geradas pela pandemia da Covid-19. Nota-se que, até aquele momento, não havia menção da EIL a eventuais reflexos da decisão do STF que considerou que a União não detém a exclusividade na exploração de loterias, o que representa uma autorização para que os Estados da Federação possam operar loterias instantâneas.

29. Conforme destacado pelo Ministério da Economia, a flexibilização do cronograma da licitação, com o deferimento de duas prorrogações sucessivas de prazos, somente pode ser adotada de forma motivada, de modo a não caracterizar a concessão de condições que não foram ofertadas ao público amplo no momento da licitação. Ou seja, 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 pode ter representado um fator de restrição à entrada de novos interessados, que poderiam ter aderido ao certame caso fosse disponibilizado prazos maiores.

30. Na petição ora apresentada, a EIL deixa claro que ainda que o ME não tivesse executado a garantia e houvesse o prorrogado o prazo uma terceira vez, a empresa somente aceitaria assinar o

contrato se fossem renegociadas as condições. Vê-se que se trata de condição impossível, pois restaria evidente a concessão de vantagens ao consórcio que não estavam previstas no edital de licitação.

31. Com relação às alegadas dificuldades enfrentadas pela EIL na negociação com a Caixa Econômica Federal (CEF), conforme esclarecido pelo ME, trata-se de relação comercial privada entre terceiros, que 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. De fato, no Edital do Leilão 1/2018-PPI/PND, que tem por objeto a seleção de entidade para exploração do serviço público de Loteria Instantânea Exclusiva – Lotex, não há previsão de parceria da CEF e a licitante vencedora para compartilhamento dos pontos de venda de apostas físicas (peça 102).

32. Com relação à decisão do STF que, potencialmente, poderia alterar as previsões de receita do projeto, trata-se de questão que poderia ser objeto de discussão após a celebração do Contrato de Concessão. Seria indevida qualquer discussão ou negociação nesta etapa, sob risco de favorecimento indevido à licitante. Considerando que, de fato, a decisão do STF poderá alterar o Valor Presente Líquido – VPL do projeto, aplica-se à situação o previsto no item 15.2 da minuta do Contrato de Concessão (peça 103, p. 27-28):

15.2 A Concessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente: (...)

5.2.8 Criação de nova modalidade de loteria instantânea federal, bem como alterações na legislação federal e/ou constitucional que permita a criação de loteria instantânea estadual, ou, ainda, decisão judicial que considere regulares operações estaduais de loteria instantânea sob a égide da legislação vigente que venha a concorrer com a LOTEX;

15.2.8.1 Nos termos da presente subcláusula, a Concessionária somente fará jus à composição econômico-financeira da Concessão caso a decisão judicial perca por prazo igual ou superior a 3 (três) anos, contado de sua publicação na imprensa oficial competente. (grifei)

33. Ou seja, apesar de a requerente alegar que se trata de fato novo e impeditivo para a celebração do contrato sem a devida negociação, tratava-se de risco já mapeado e devidamente previsto na minuta do contrato de concessão. De igual modo, as alegadas dificuldades decorrentes da pandemia de Covid-19 poderiam ser suscitadas na fase seguinte, após a assinatura do contrato de concessão.

34. Observa-se que dentre as diversas alegações trazidas pela requerente, não se vislumbra demonstrada a existência do interesse público nas questões suscitadas, uma vez que não se insere entre as competências constitucionais do TCU a solução de controvérsias ou a prolação de provimentos jurisdicionais reclamados por particulares, para a salvaguarda de seus direitos e interesses subjetivos, salvo, se, de forma reflexa, afetarem o patrimônio público ou causarem prejuízo ao erário. (Acórdão 1487/2015-TCU-1ª Câmara).

CONCLUSÃO

35. Apesar do Consórcio Estrela Instantânea alegar prejuízos decorrentes do deferimento tardio de sua solicitação de ingresso nos autos como parte interessada, verificou-se que os representantes daquela empresa tiveram pleno acesso aos autos, o que afasta a alegação de que a demora do deferimento do ingresso da EIL nos autos causou prejuízos à empresa.

36. Com relação aos motivos alegados pela empresa que justificariam a impossibilidade de celebração do contrato de concessão, verificou-se insubsistentes as razões apresentadas pelo Consórcio. Não havia no Edital do Leilão 1/2018-PPI/PND previsão de parceria da CEF e a licitante vencedora para compartilhamento dos pontos de venda de apostas físicas. De modo algum poderia a proponente utilizar, como argumento para adiar a assinatura do contrato de concessão, a frustração da negociação realizada com a CEF, uma vez que inexistia previsão no edital de tal parceria. Desta

forma, entende-se indevida a necessidade de questionamento junto à CEF para que justifique as razões que motivaram a frustração das negociações junto à EIL quanto ao compartilhamento da rede física da CEF com a proponente.

37. No que se refere a potencial frustração de receitas futuras em razão da decisão do STF que reconhece a competência material dos Estados para explorar as atividades lotéricas, a minuta do contrato de concessão, parte integrante do Edital do Leilão, contém cláusula que permite o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em razão de alterações legislativas que venham a criar loterias que venham a concorrer com a Lotex. É, portanto, completamente descabível a alegação de que a decisão do STF tratou de fato extraordinário que inviabilizaria o projeto. Eventuais frustrações de receita com efeito no VPL do projeto deveriam ser discutidas após a conclusão dos atos de outorga e assinatura do contrato de concessão.

38. Por fim, não se vislumbra razões de interesse público que justificaria a atuação deste Tribunal, visto não que não compete a este Tribunal julgar os litígios entre contratante e contratado, ainda que uma das partes seja integrante da Administração Pública Federal. A solução de tais conflitos deve ser buscada nas instâncias próprias, salvo se, de forma reflexa, afetarem o patrimônio público ou causarem prejuízo ao erário, o que não parece ser o caso em exame. Por estas razões, propõem-se que seja mantido, na íntegra, a proposta de encaminhamento da SecexFinanças de 3/8/2021(peça 202), com os ajustes de forma indicados adiante.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

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

a) conhecer da petição de peça 207 para, no mérito, considerá-la improcedente, em especial no que concerne à anulação da proposta de encaminhamento da SecexFinanças de peça 202;

b) 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, Estrela Instantânea Loteria SPE S.A.;

c) 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;

d) 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);

v) à sociedade empresária Estrela Instantânea Loteria SPE S.A.

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

SecexFinanças, 4ª DT, em 8 de dezembro de 2021.

(Assinado eletronicamente)

Reginaldo Soares de Andrade

Auditor Federal de Controle Externo

Mat. 3013-9