

VOTO

Trata-se de expediente encaminhado pela Federação Brasileira das Empresas Lotéricas-Febralot, a título de embargos de declaração, requerendo o esclarecimento de que a determinação constante do subitem 1.7.1 do Acórdão 1186/2015-Plenário está limitada ao presente processo.

Requer, ainda, tendo em conta a representação por ela encaminhada ao Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU, seja declarada a inexistência de manifestação desta Corte de Contas acerca do impacto da Lei 12.869/2013 “*no cenário normativo que rege os serviços dos permissionários lotéricos*” e, conseqüentemente, no cumprimento do Acórdão 925/2013-Plenário, cujo monitoramento é objeto destes autos.

Não conheço do expediente como embargos de declaração, ante a sua intempestividade.

Não obstante, os termos do Acórdão 1186/2015-Plenário não dão margem à dúvida quanto à extensão da decisão que indeferiu o ingresso da requerente como interessada nestes autos, não restando qualquer impedimento a esse tipo de reconhecimento em outros feitos, desde que atendidas as condições definidas nas normas internas.

No acórdão consignei o seguinte:

Considerando que o presente processo tem por objetivo o monitoramento das ações a serem implementadas pelos gestores da Caixa Econômica Federal, em cumprimento ao Acórdão 952/2013-Plenário;

Considerando que a Febralot, em razão da natureza dos autos, não demonstrou razão legítima para intervir no presente processo, tampouco a possibilidade deste monitoramento prejudicar direito subjetivo próprio ou de suas federadas;

(...)

1.7.2. indeferir a solicitação da Febralot de que seja reconhecida sua legitimidade para intervir no presente processo como interessada;

Relativamente à segunda parte da solicitação, esclareço que o Ministério Público junto ao TCU analisou o documento que lhe foi encaminhado pela Febralot e, em atenção ao subitem 1.7.1 do Acórdão 1186/2015-Plenário, concluiu:

a) a representação visa, em essência, proteger os interesses dos permissionários, e não o interesse público;

b) os aditamentos realizados aos termos das permissões antigas, obtidas sem licitação, e que estabeleceram prazo de vinte anos para o vencimento, já haviam sido considerados ilegais pelo Tribunal. Tais permissões não deveriam ainda estar vigentes, conforme estipula a Lei nº 8.987/95, sendo que a Lei nº 12.869/2013 não alterou esse cenário; e

c) ainda que se considerasse que esses permissionários teriam direito à prorrogação, não existe qualquer ilegalidade ou irregularidade praticada até o momento, haja vista que as permissões não licitadas teriam vencimento em 2019, e não há notícia na documentação encaminhada pela FEBRALOT de que a Caixa tenha se recusado a prorrogar qualquer outra permissão que eventualmente tenha sido licitada e cujo vencimento tenha ocorrido após a edição da Lei nº 12.869/2013.

Obviamente, diante dessas conclusões, o *Parquet* absteve-se de formular a representação requerida pela Febralot.

II

O Acórdão 925/2013-Plenário, foi exarado em processo de representação formulada pelo Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU, TC 017.293/2011-1, noticiando o aditamento, em janeiro de 1999, pela Caixa Econômica Federal, de 6.310 “Termos de Responsabilidade e Compromisso para Comercialização de Loterias Federais”. Por meio desses aditivos, o prazo de vigência das avenças, que inicialmente era indeterminado, foi fixado em 240 meses, prorrogável por igual período.

Naquela assentada, o Tribunal decidiu:

9.1. determinar, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.443/1992, que a Caixa Econômica Federal, adote as providências necessárias ao cumprimento do art. 175 da Constituição Federal e do art. 42, § 2º, da Lei nº 8.987/1995, ante o irregular aditamento, em janeiro de 1999, dos 6.310 Termos de Responsabilidade e Compromisso para Comercialização de Loterias Federais tratados nestes autos;

9.2. autorizar, em caráter excepcional, a manutenção dos termos de responsabilidade acima mencionados até 31/12/2018, prazo previsto pela Caixa Econômica Federal para conclusão dos procedimentos licitatórios que deverão anteceder à revogação dos referidos termos;

9.3. fixar, com fulcro no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, c/c o art. 45 da Lei nº 8.443/1992, o prazo de 60 (sessenta) dias, para que a Caixa Econômica Federal apresente a este Tribunal planejamento e cronograma detalhado dos procedimentos licitatórios destinados às contratações que substituirão as permissões a que se refere o item 9.1, acima.

A última manifestação da Secretaria de Controle Externo da Fazenda Nacional (doc. 13), responsável pelo presente monitoramento, destacou as medidas que estão sendo implementadas pela Caixa, ressaltando que a efetiva substituição das unidades lotéricas será realizada ao longo dos exercícios de 2016 a 2018, conforme planejamento realizado em cumprimento ao subitem 9.3 acima.

No que concerne à Lei 12.968/2013, a unidade técnica defendeu a ratificação da determinação objeto do subitem 9.1.

Com vistas a evitar novos questionamentos quanto a regular continuidade destes autos, baseados no suposto impedimento à realização das licitações planejadas pela Caixa, decorrente das alterações advindas da Lei 12.869/2013, submeto a matéria à apreciação deste Colegiado, manifestando-me, desde já, por que sejam mantidas as determinações exaradas, pelas razões que passo a aduzir.

No voto condutor do Acórdão 925/2013-Plenário, ao analisar a validade dos aditivos realizados pela Caixa, em 1999, manifestei-me nos seguintes termos:

“O art. 175 da Constituição Federal, de 1988, assim dispõe: “Incumbe ao Poder Público, na forma da Lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

A exploração de loterias, conforme o art. 2º, alínea “d”, do Decreto-Lei nº 759/1969, é atividade exclusiva da Caixa, destinada a satisfazer interesses comuns dos integrantes da sociedade:

“Art 2º A CEF terá por finalidade:

(...)

d) explorar, com exclusividade, os serviços da Loteria Federal do Brasil e da Loteria Esportiva Federal nos termos da legislação pertinente”.

Assim, pertinente a conclusão da instrução técnica, no sentido de que, por admitirem a delegação/outorga de sua prestação, os serviços lotéricos são considerados serviços públicos impróprios do Estado.

Nesse sentido, conforme o art. 1º do Decreto-Lei nº 204/1967 e a Circular CAIXA nº 539/2011, a relação comercial entre a empresa pública e o empresário lotérico está fundamentada no regime de permissão, por meio do qual é outorgada, de acordo com o potencial de mercado, a captação de apostas das loterias administradas pela Caixa e a prestação de outros serviços.

Consoante previsto no parágrafo único do art. 175 da Carta Magna, acima transcrito, a Lei nº 8.987/1995 passou a dispor sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, estabelecendo, entre outros, parâmetros relacionados aos contratos e suas correspondentes prorrogações e rescisões.

Nos termos do art. 40, c/c o 42, § 2º e § 3º, da referida lei, as concessões e as permissões cujos prazos fossem indeterminados ou estivessem vencidos permaneceriam válidas por período suficiente à realização dos procedimentos licitatórios para a formalização de novas avenças. A Lei, em sua redação original, definiu que esse prazo não seria inferior a 24 meses e, com a alteração promovida pela Lei nº 11.445/2007, atendidas determinadas condições, poderia estender-se, no máximo, até 31/12/2010.

O fato de a Lei nº 9.074/1995, em seu art. 3º, prever que o poder concedente, no cumprimento do art. 42 da Lei nº 8.987/1995, deveria zelar pela “garantia da continuidade na prestação dos serviços públicos”, não torna lícitos os aditamentos ora analisados, ocorridos quatro anos após a edição das referidas leis.

Ao contrário, a modificação dos contratos, que eram por prazo indeterminado e passaram a vigor por 240 meses, representa descumprimento do dever legal de a Caixa, a partir da edição da Lei nº 8.987/1995, dar início aos procedimentos para substituição das permissões não precedidas de certame licitatório, na vigência da constituição anterior.

Nessa linha, a propósito, a decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 3.521, julgada em 28/9/2006, conforme se observa no trecho abaixo transcrito, extraído do voto do Relator, Ministros Eros Grau:

“10. O texto da Constituição do Brasil é claro: ‘incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos’ (artigo 175, caput). Não obstante, a [ação/norma questionada] permite que o vínculo que relaciona as empresas que atualmente prestam serviços públicos com a Administração estadual seja mantido, ainda que essa prestação se dê em condições irregulares. As permissões ou autorizações exauridas devem ser extintas e as irregulares revogadas. Poder-se-ia dizer que o preceito busca garantir a segurança jurídica e a continuidade do serviço público. Mas não há respaldo constitucional que justifique a prorrogação desses atos administrativos além do prazo razoável para a realização dos devidos procedimentos licitatórios. Segurança jurídica não pode ser confundida com conservação do ilícito. Não é para tanto que ela se presta.” (grifo meu)

Portanto, não há dúvida de que os aditamentos analisados nestes autos foram firmados em desacordo com o art. 175 da Carta Magna e não observaram as disposições transitórias definidas na Lei nº 8.987/1995, cuja aplicação não estava sujeita ao juízo de conveniência do administrador.

Contudo, de acordo com a proposta formulada no memorial da Caixa, neste exercício deverão ter início medidas tendentes à expansão da rede lotérica dos municípios onde estão

localizadas as permissões irregulares, para posterior instauração dos procedimentos licitatórios, em 2016, na forma do cronograma acima referido.

Com este propósito estabelecido, a Caixa admite a necessidade de licitar as permissões, sendo compatível tal proposição, em parte, com o encaminhamento sugerido pela unidade técnica, avalizado pelo representante do Ministério Público, no sentido de que os aditamentos em exame afrontaram o princípio da legalidade, fato que, consoante o art. 45 da Lei nº 8.443/1992, enseja a fixação de prazo para que o responsável adote providências com vistas ao cumprimento da Lei, no caso a revogação das permissões tratadas nestes autos.

Tal revogação, segundo a cláusula vigésima do termo aditivo, poderá acontecer a qualquer momento, “a bem do interesse público”, sem que a Caixa esteja obrigada a indenizar as permissionárias.

Todavia, julgo não ser conveniente que esses contratos sejam revogados imediatamente, o que, certamente, acarretaria solução de continuidade dos serviços e outros prejuízos de ordem social, a exemplo dos elencados na manifestação da Caixa.

A unidade técnica propõe que a transição ocorra no prazo de 24 meses, tempo consentâneo com o que o legislador considerou suficiente para o transcurso dos certames licitatórios, no art. 42, § 2º, da Lei nº 8.987/1995.

Todavia, esta Corte de Contas não pode desprezar a afirmação da Caixa, no sentido de que o cronograma por ela apresentado representa a melhor forma de garantir a preservação dos serviços, especialmente no que tange ao atendimento abrangente das populações de baixa renda e das áreas de baixa densidade populacional, nas quais as permissões questionadas, via de regra, são o único meio de acesso aos serviços da instituição.

Por isso, diante do impasse que se apresenta, deve prevalecer o interesse público na preservação dos serviços, razão pela qual acolho o prazo requerido pela Caixa para execução das licitações das permissões que irão substituir as ora analisadas.

Nos termos propostos pela Secretaria, determino à Caixa que apresente plano de trabalho detalhado, relativo ao planejamento e execução das referidas licitações, a ser monitorado pelas equipes técnicas deste Tribunal.”

A partir da deliberação do TCU, a CEF elaborou plano de trabalho prevendo a realização das licitações tendentes à revogação das permissões irregulares e o está colocando em prática.

Algumas lotéricas chegaram a interpor pedido de reexame conjunto, apreciado no TC 017.293/2011-1, por meio do Acórdão 2909/2013-Plenário, que sequer conheceu do recurso, por entender que, no presente caso, a legitimidade recursal estava adstrita à Caixa, consoante decidido por este Tribunal no Acórdão 2.878/2008-Plenário.

A própria Febralot, alegando possuir legitimidade para tal, atravessou petição ao recurso, requerendo que este não fosse provido, bem como o “cumprimento do planejamento e apresentação de cronograma detalhado para a transição, na forma determinada pelo item 9.3 do Acórdão nº 925/2013.”

Considerando que foi mantida a integridade desse Acórdão, resta, agora, definir se, com o advento da Lei 12.869/2013, as permissões nele tratadas estariam automaticamente prorrogadas por 20 anos, como pretende a Febralot.

Tal pretensão, funda-se nas disposições do inciso VI e do parágrafo único do art. 3º da Lei 12.869/2013:

VI - os contratos de permissão serão firmados pelo prazo de 20 (vinte) anos, com renovação automática por idêntico período, ressalvadas a rescisão ou a declaração de caducidade fundada

em comprovado descumprimento das cláusulas contratuais, ou a extinção, nas situações previstas em lei.

Parágrafo único. Em caso de permissão de serviços lotéricos, o prazo de renovação referido no inciso VI deste artigo contar-se-á a partir do término do prazo de permissão, independentemente do termo inicial desta.

Segundo a Febralot, de acordo com a parte final do parágrafo único, seria incompatível com o novo diploma legal qualquer interpretação que venha a suprimir a prorrogação automática dos contratos de permissão em curso, entre os quais, entende, estão inseridos os termos de responsabilidade considerados ilegais por esta Corte de Contas.

Apenas para argumentar, ainda que a expressão “*independentemente do termo inicial destas*”, contida na lei, venha a ser interpretada com o objetivo de estender a prorrogação de 20 anos às permissões iniciadas anteriormente à sua edição, estou convicto de que essa extensão jamais poderá alcançar as permissões tratadas nestes autos, que, anos antes da edição da Lei, já eram totalmente irregulares.

Como demonstrado alhures, as irregularidades violam, literalmente, o art. 175 da Constituição Federal, regulado pela Lei 8.987/1995 (artigos 40, parágrafo único, 42, §§ 2º e 3º, alterados pela Lei 11.445/2007), segundo a qual os contratos em comento poderiam vigor, na melhor das hipóteses, até, no máximo, 31/12/2010.

Dado o caráter excepcional da autorização contida no subitem 9.2 do Acórdão 925/2013-Plenário, não é permitida a ilação de que a completa validade desses contratos foi restabelecida. A decisão teve o único propósito de, nos exatos limites do art. 45 da Lei 8.443/1992, garantir que o prazo assinado pelo Tribunal para o cumprimento da Lei fosse suficiente à conclusão das respectivas licitações, garantindo que os serviços prestados à população não sofressem solução de continuidade.

Sendo assim, a extensão do disposto no inciso IV do art. 3º da Lei 12.869/2013 aos contratos iniciados antes de sua edição – quase três anos após o aludido prazo máximo para substituição das permissões firmadas sem licitação – somente pode se dar em relação às permissões devidamente licitadas, cujo término do prazo inicial ocorreu ou venha a ocorrer após a publicação da referida Lei.

A não interferência da Lei 12.869/2013 nas determinações objeto do Acórdão 925/2013-Plenário, além de esposada pela unidade técnica do Tribunal e pelo Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU, também foi defendida pelo Juiz Federal que indeferiu o pedido de liminar formulado pela Febralot, nos autos do mandado de segurança 1005887-40.2015.4.01.3400, no sentido de que a Caixa se abstivesse de “colocar em licitação as permissões objeto de contratos celebrados anteriormente à Lei nº 12.869/2013, inclusive os representados pelo aditamentos firmados a partir de 1998.”

Ao analisar se o pedido encontrava-se revestido do “*fumus boni juris*”, o Juiz Federal Paulo Cesar Lopes registrou que, à luz do que define o art. 175 da Constituição Federal, era previsível que este Tribunal considerasse ilegais os aditamentos dos contratos das associadas da Febralot, visto que “à toda evidência, a prorrogação dos contratos de permissão das unidades lotéricas, sem licitação, não tinha fundamento jurídico”.

Relativamente às inovações trazidas pela Lei 12.869/2013, na mesma linha da instrução e do representante do Ministério Público, entendeu o juiz que:

Aparentemente o legislador até pretendeu estabelecer regra excepcional de maneira a permitir a continuidade dos atuais contratos, inclusive dispensando licitação para tanto, conforme se vê do inciso II do art. 5º da mencionada lei, in verbis:

‘Art. 5^ª A Caixa Econômica Federal, como outorgante da permissão de serviços lotéricos e quando se enquadrar na condição de contratante de serviços de correspondente bancário:

Inciso II do art. 5^º

*II – adotará as medidas necessárias à **adaptação dos atuais** contratos mantidos com os permissionários e correspondentes, **dispensada nova licitação**, e dos processos licitatórios ou de contratação em andamento, prevalecendo as normas desta Lei sobre as regras editalícias e demais norma legais ou administrativas que regem os referidos instrumentos.’*

Este dispositivo garantiria a continuidade dos contratos mantidos com os atuais permissionários. No entanto, tal inciso foi vetado pela Presidência da República por ofensa ao princípio da segurança jurídica, conforme se vê das Razões do veto:

Razões do veto

‘O dispositivo ofende o princípio da segurança jurídica ao estabelecer que as normas desta lei prevaleceriam indiscriminadamente sobre as condições editalícias e as regras previstas em contratos vigentes.’

A meu ver, o veto presidencial do dispositivo acima esvaziou por completo a pretensão de continuidade dos contratos com os quais os atuais permissionários que, se quiserem, deverão participar juntamente com os demais interessados do procedimento licitatório para a celebração de novos contratos, se forem vencedores do certame.

A meu ver, a análise sistemática da Lei 12.869/2013 – a começar pela definição de permissão lotérica – não permite sequer o entendimento de que o inciso II do art. 5º do projeto de lei, objeto do veto presidencial acima mencionado, teve a intenção de permitir a manutenção dos contratos anteriores que não tenham sido precedidos de licitação, porquanto a expressão “dispensada nova licitação” deixa evidente que o dispositivo somente seria aplicável aos contratos firmados com a observância desse preceito.

De qualquer modo, considerando que não há nenhum óbice judicial ou legal, notadamente no que se refere à Lei 12.869/2013, à continuidade do planejamento definido pela Caixa Econômica Federal com vistas a licitar as permissões que deverão substituir os contratos aditados por meio dos termos de responsabilidade considerados irregulares por este Tribunal, mediante o Acórdão 925/2013-Plenário, determino à Secex/Fazenda que dê prosseguimento ao monitoramento objeto deste processo.

A unidade técnica deve acompanhar o mandado de segurança impetrado pela Febralot (Processo 1005887-40.2015.4.01.3400) e outras ações judiciais que possam interferir no curso deste monitoramento, dando conhecimento a este Relator de eventuais decisões que impeçam, de forma integral ou parcial, a realização das licitações a cargo da Caixa.

Deve, ainda, encaminhar ao meu Gabinete quaisquer petições, requerimentos, representações e denúncias que tenham conexão com a matéria tratada nestes autos visto que, à luz do art. 106 do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente aos processos de controle externo, estou prevento em relação a eles. Nos termos do art. 2º, inciso VII, da Resolução-TCU nº 259/2014, a conexão ocorre “quando dois ou mais processos tiverem o mesmo objeto (pedido final contido nos autos) ou a mesma causa de pedir (relação jurídica que fundamenta o pedido final)”.

Destarte, voto no sentido de que este Tribunal acolha a minuta de acórdão que submeto à deliberação deste Colegiado.



TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 9 de setembro de 2015.

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Relator