



TC 010.604/2016-2

Natureza: DESESTATIZAÇÃO

Órgão/Entidade: Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (Seae/MF); Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (Bndes); Secretaria-Geral da Presidência da República

INTRODUÇÃO

Trata-se de acompanhamento do processo de desestatização da Loteria Instantânea Exclusiva (Lotex), autuado pela Secretaria de Controle Externo da Fazenda Nacional (SecexFazenda), em abril de 2016.

HISTÓRICO

1. Esta Secretaria foi chamada anteriormente a tecer eventuais ponderações julgadas pertinentes acerca do presente processo (peças 63 e 64), as quais foram juntadas à peça 67.
2. O Relator, Min. Aroldo Cedraz, ao examinar as contribuições da Secex-RJ e desta unidade considerou haver questão preliminar e prejudicial à apreciação do primeiro estágio de fiscalização, consubstanciada no desenho do marco regulatório do serviço público a ser concedido (peça 68). Em função disso, determinou a restituição dos autos à Secex-RJ para que esta se manifeste “sobre o modelo jurídico regulatório proposto na documentação encaminhada no primeiro estágio e sobre as medidas planejadas e/ou efetivamente adotadas pelo Ministério da Fazenda para a adequada regulação do serviço público a ser concedido” (peça 68, p. 3).
3. Ato contínuo, a Secex-RJ realizou diligência à Seae/MF para que fosse esclarecida “a adequação da estrutura do referido ministério para exercer as competências regulatórias afetas ao serviço a ser concedido, bem como das normas já existentes, das medidas planejadas e dos recursos direcionados para tanto” e uma manifestação complementar sobre as propostas inicialmente formuladas por aquela unidade técnica (peças 71 e 72). As respostas a essas questões encontram-se na peça 74 e os ajustes efetuados nos Estudos de Viabilidade Técnica e Econômico-Financeira (EVTE) de modo a refletir as mudanças ocasionadas em razão da atuação do TCU encontra-se às peças 77 a 81 (inclusive itens não digitalizáveis na peça 77).
4. A Secex-RJ propôs o encaminhamento dos autos à SeinfraRodoviaAviação, por entender tratar-se de acordo previamente estabelecido entre os titulares da Coestados e da Coinfra, e, por isso, alterou a responsabilidade técnica por agir do processo para esta unidade (peças 82 e 83).

EXAME TÉCNICO DA SEINFRARODOVIAAVIAÇÃO

5. Apesar do despacho do Relator ter se limitado à questão afeta ao marco jurídico-regulatório do serviço a ser concedido, este exame técnico da SeinfraRodoviaAviação irá abordar também, nessa oportunidade, todos os pontos propostos originalmente pela Secex-RJ, uma vez que há manifestação complementar sobre as propostas inicialmente formuladas por aquela unidade técnica (peças 71 e 72).



Modelo jurídico regulatório proposto na documentação encaminhada no primeiro estágio e medidas planejadas e/ou efetivamente adotadas pelo Ministério da Fazenda para a adequada regulação do serviço público a ser concedido

Manifestação da Seae/MF

6. Em síntese, a Seae/MF sustenta que já existe amparo jurídico para a regulação e regulamentação do serviço público de loteria instantânea (art. 41, inciso IX, alínea “f”, da Lei 13.502/2017 e arts. 41, inciso VI e 43, inciso I, do Decreto 9.003/2017) e que seu quadro funcional, composto por dezessete profissionais, está adequado para o exercício das competências regulatórias afetas à operação da Lotex (peça 74, p. 2).

7. Além disso, informou que as medidas indicadas para operacionalização da Lotex estão contempladas em minuta de decreto regulamentador, já em análise na PGFN, e que a edição desse decreto ocorrerá previamente à publicação do edital, como sugerido pelo TCU.

Análise da SeinfraRodoviaAviação

8. O marco jurídico-regulatório foi objeto de exame inicial pela Secex-RJ que tratou da questão considerando o Relatório “Desenho Marco Jurídico Regulatório” produzido pelo Serviço B (peça 47) e concluiu, na visão geral do objeto fiscalizado, pela “ausência de marco regulatório” (peça 60, p. 6).

9. Sobre o assunto a SeinfraRodoviaAviação não se pronunciou anteriormente (peça 67), porque entende que o marco regulatório para o serviço já existe. Tanto é que, nesse sentido, a própria Secex-RJ admite implicitamente sua existência quando recomendou mudanças editalícias decorrentes de o estudo estar “em desacordo com o novo marco regulatório” (item c.3 da proposta de encaminhamento à peça 60). Por isso, não foram feitas proposições específicas em relação a este tópico por esta unidade.

10. Aliás, convém observar que o fato da instrução inicial ter mencionado a “ausência de marco regulatório” (peça 60, p. 6) na parte que cuida da visão geral do objeto pode tratar-se de um mero lapso. Isso porque a instrução da Secex-RJ foi produzida em 27/11/2017, data esta em que já estavam vigentes as normas suscitadas pela Seae/MF, editadas respectivamente em novembro (lei) e março (decreto) de 2017. Ocorre que isso possivelmente se deu porque, à época do início da instrução, a informação considerada era a do Produto 2 – Análise do Marco Jurídico-Regulatório (peça 47), esta datada de 10/4/2017, menos de um mês após a edição do decreto, enviada por um ofício datado de 18/8/2017.

11. Assim, reafirma-se o entendimento de que **o marco regulatório para o serviço já existe**. Quanto à suficiência de servidores para tratamento da matéria no âmbito da Seae/MF, entende-se que a regulação da Lotex não constitui atividade estranha àquele órgão, tendo em conta que atividades similares já são desenvolvidas em outras modalidades lotéricas já existentes.

12. Por fim, a Seae/MF também já assumiu compromisso de implementar as medidas contidas na minuta de decreto regulamentador do serviço público a ser concedido previamente ao Edital, conforme sugerido no pronunciamento da Dilog-RJ (peça 61), o que está em consonância com a jurisprudência desta Corte de implementar previamente à concessão do serviço as premissas sob as quais este se baseia (e.g. Acórdão 3.232/2011-TCU-Plenário, item 9.2.1) – não havendo reparos a fazer nesse ponto.

Recomendação “c.1” da Secex-RJ: “incluir cláusula no edital impedindo a participação no certame de ocupante de cargo efetivo ou emprego na Caixa Econômica Federal (CEF) nos últimos 180 dias anteriores à data da publicação do edital, a exemplo da limitação imposta pelo item 5.3, IV, da minuta de edital a ocupante de cargo efetivo ou emprego no Ministério da Fazenda, na SEAE e/ou no BNDES”



Manifestação da Seae/MF

13. O órgão entende que que é procedente a recomendação feita pelo TCU e que esta está alinhada à posição exarada na Nota Técnica SEI 5/2018/COGPS/SUFIL/SEAE-MF (peça 74, p.17-24), a qual contém todas as manifestações da Seae/MF acerca da participação da Caixa Econômica Federal (CEF) no certame licitatório da concessão da Lotex.

Análise da SeinfraRodoviaAviação

14. Anteriormente a SeinfraRodoviaAviação já havia se posicionado pela necessidade de recomendar à Seae/MF estudar de maneira mais aprofundada os impactos concorrenciais decorrentes da participação da CEF no certame (peça 67, p. 3), antes de dirigir àquele órgão a proposta de “dar ciência” efetuada no item “d.4” da instrução inicial (peça 60, p. 39). A Nota Técnica SEI 5/2018/COGPS/SUFIL/SEAE-MF atendeu a tal recomendação da SeinfraRodoviaAviação e avaliou não apenas a participação da CEF como empresa, mas também a de seus funcionários no certame.

15. No caso em questão, a Seae/MF concluiu, após avaliar as ponderações da SeinfraRodoviaAviação à peça 67, que no caso do mercado lotérico, os produtos possuem substitutibilidade entre as modalidades lotéricas, o que, aliado à informação de que o aprofundamento no estudo do impacto concorrencial identificou que em determinados assuntos não foi dada ampla divulgação aos agentes de mercado – mais especificamente em relação aos resultados do Serviço A – autoriza concluir pela adequação da medida tomada.

16. Portanto, tendo em vista que o assunto já contou com a anuência da própria Seae/MF, esta unidade técnica considera desnecessário manter a recomendação proposta pela Secex-RJ.

Recomendação “c.2” da Secex-RJ: “considerar o cenário base na planilha de fluxo de caixa, em substituição ao cenário sem lotéricas, ajustando, em consequência, o valor mínimo da outorga da Lotex”

Manifestação da Seae/MF

17. A Seae/MF entende que considerar a utilização das redes lotéricas no cenário escolhido exigiria refletir, na modelagem, a relação do operador da LOTEX com a CEF e as premissas que baseiam essa relação, as quais são desconhecidas e que, sendo assim, não se pode prever os termos dessa negociação, não sendo prudente considerar as lotéricas no cenário escolhido (peça 74, p. 4).

Análise da SeinfraRodoviaAviação

18. Se por um lado a utilização das lotéricas autorizadas pela CEF como ponto de venda otimiza a curva de maturidade do produto, ou seja, incrementa o número de agentes operando o produto logo nos primeiros anos da concessão, por outro lado uma maior velocidade de distribuição no produto lotérico fica associada também, em contrapartida, a uma carga maior de custos associados de comissões (peça 80, p. 33).

19. Tendo em vista o edital não ter restringido os pontos de vendas em que o produto lotérico irá operar e que a diferença do valor do negócio quando confrontados o cenário base (peça 80, p. 32) e o cenário sem lotéricas (peça 80, p. 34) é da ordem de 2% em relação ao primeiro, bem como levando em conta o ponto de vista suscitado pela Seae/MF, entende-se pela supressão da recomendação proposta inicialmente pela Secex-RJ.

Recomendação “c.3” da Secex-RJ: “incluir cláusulas no edital regulando a eventual participação de loterias estaduais no certame, eis que, apesar de estarem em funcionamento, tais loterias são consideradas nos estudos como estando em desacordo com o novo marco regulatório”

Manifestação da Seae/MF

20. O órgão entende que a regulação de eventual participação de loterias estaduais no certame da Lotex pode trazer restrição competitiva excessiva e acarretar entraves a esse certame (peça 74, p. 4-5).

Análise da SeinfraRodoviaAviação

21. Atualmente não existe vedação legal à participação de loterias estaduais no futuro certame, desde que o objeto social dessas empresas seja compatível com a natureza do negócio jurídico a ser celebrado, levando em conta que a Lei 8.666/1993 não veda, em regra, essa participação.

22. A proposta de recomendação da Secex-RJ foi bastante válida inicialmente para provocar a Seae/MF a se manifestar sobre o assunto. Entretanto, entende-se que ficou caracterizada a possibilidade, em regra, de ampla participação das loterias estaduais, sem prejuízo da regulação posterior a ser editada pela Seae/MF e da competência do Cade. Sendo assim, não se vislumbra prejuízo em suprimir a proposta originalmente formulada pela Secex-RJ considerando que ela já cumpriu seu papel no processo.

Recomendação “c.4” da Secex-RJ: “desconsiderar o fator concorrência com loterias estaduais na planilha de fluxo de caixa, eis que, apesar de estarem em funcionamento, tais loterias são consideradas nos estudos como estando em desacordo com o novo marco regulatório, ajustando, em consequência, o valor mínimo da outorga da concessão da Lotex”

Manifestação da Seae/MF

23. O órgão entende que não há como afastar o cenário concorrencial das loterias estaduais em face das decisões do Poder Judiciário que vêm sendo tomadas, as quais propiciam o alongamento de operações lotéricas ilegais, o que pode fragilizar o plano de negócios de referência (peça 74, p. 5).

Análise da SeinfraRodoviaAviação

24. O próprio relatório do Serviço B pontua preocupação com a questão concorrencial, conforme se vê a seguir (peça 79, p. 7):

Apesar de constatada a ilegalidade da exploração de serviços de Loteria Instantânea por Loterias Estaduais, não há como assegurar que novos produtos não possam vir a ser explorados por Estados que já possuem algum tipo de autorização de exploração de serviços de loteria, **impacto este que pode ser material no potencial financeiro da operação da LOTEX**; (grifo nosso)

25. Não se pode ignorar, portanto, a concorrência das loterias estaduais na estruturação desse projeto. Nesse sentido, foi criado um fator de concorrência com loterias estaduais com o seguinte racional (peça 80, p. 23):

- Para quando o valor de receita da concorrência é maior que a arrecadação do estado, será considerado 50% da arrecadação calculada (por exemplo: no caso da arrecadação do Rio de Janeiro alcançar R\$ 5 milhões, está abaixo da concorrência, portanto é considerado 50% dos R\$ 5 milhões); e
- Para os casos em que a arrecadação do período naqueles estados é maior, será desconsiderado 50% do valor da concorrência do valor total da arrecadação (Exemplo: quando a arrecadação do Rio de Janeiro alcançar R\$ 7 milhões, está acima da concorrência, portanto será diminuída em 50% dos R\$ 6,83 milhões da concorrência).

Tabela 5: Fator de concorrência com loterias estaduais

Estado	Valor
Rio de Janeiro (R\$ milhões)	6,83
Minas Gerais (R\$ milhões)	1,0

26. Foi também implementado na planilha de modelagem econômico-financeira um controle que permite comparar o resultado da outorga com ou sem esse fator de concorrência (peça 77, item não digitalizável “Cópia do Modelo Lotex_12_01_2018.xlsm”).

27. Ao realizar os testes na referida planilha retirando o fator de concorrência, obtém-se um valor de outorga apenas cerca de 1,8% maior. No caso, apenas as loterias dos Estados do Rio de Janeiro, Minas Gerais e Piauí influenciaram no cálculo.

28. Apesar de haver precedentes no TCU no sentido de não aceitar o recebimento de estudos com premissas desprovidas de amparo legal ou regulamentar (Acórdão 3.232/2011-TCU-Plenário), este não é um caso de sua aplicação. Mesmo tendo sido o fator de concorrência arbitrado, nesse caso, não há nos relatórios maior suporte de informações para que fosse feita de outra maneira a estimativa do impacto concorrencial. Ademais, houve demonstração inequívoca no relatório da análise do marco jurídico sobre o impacto material do contencioso jurídico nos Tribunais que permite a concorrência ilegal, além daquela já permitida nos termos legais (limitada a determinadas séries e número de emissões).

29. Considera-se, assim, ser pertinente a manutenção do fator de concorrência arbitrado de acordo com o julgamento profissional dos consultores, propondo-se suprimir a recomendação originalmente proposta pela Secex-RJ.

Recomendação “c.5” da Secex-RJ: “ajustar o percentual estável da arrecadação para o canal de venda on line diante da expectativa de crescimento do uso de canais de compra virtuais e do consumo das gerações que se inserirão no perfil de população alvo da Lotex ao longo do prazo de concessão, ajustando, em consequência, o valor mínimo da outorga da concessão da Lotex”

Manifestação da Seae/MF

30. O órgão entende não ser prudente ajustar o percentual estável previsto para a arrecadação *online* dado que não há parâmetros para quantificar como se dará esse avanço (peça 74, p. 6).

Análise da SeinfraRodoviaAviação

31. A arrecadação de vendas *online* foi definida como uma porcentagem da arrecadação total em canais tradicionais, sendo fixa até o final do período (peça 80, p. 23). De acordo com simulações realizadas por esta unidade técnica, esta variável mostrou significância no valor da outorga no cenário sem lotéricas, aumentando em cerca de 12,5% o resultado quando considerado o *ramp up* da média de três países selecionados (9,37%) ao invés do valor fixo imaginado para o plano de negócios (4,05%).

32. Os 9,37% utilizados foram obtidos por média aritmética simples da média das operações da loteria instantânea La Française de Jeux - França (5%), da Santa Casa de Misericórdia de Lisboa - Portugal (3,1%) e da National Lottery Camelot - Reino Unido (20%) (peça 77, item não digitalizável “Cópia do Modelo Lotex_12_01_2018.xlsm”, planilha “1.2 Fixed assumptions”, célula F562).

33. Apesar da diferença significativa nos valores de outorga nos dois cenários testados, é razoável entender que, no caso da média mais elevada (9,37%), trata-se de amostra relativamente pequena se a intenção for extrapolá-la para todo o período de concessão, quando se leva em conta a característica complementar do produto vendido *online* em relação aos canais tradicionais. Nesse caso, mostra-se mais prudente a manutenção do percentual fixo, até porque há carência de maiores dados para concluir de modo diferente.



Recomendação “c.6” da Secex-RJ: “abster-se de incluir no fluxo de caixa a despesa com pessoal para o monitoramento contábil/fiscal, em razão da ausência de previsão legal para que a Lotex seja substituta tributária no recolhimento do ISS da cadeia produtiva, ajustando, em consequência, o valor mínimo da outorga da concessão da Lotex”

Manifestação da Seae/MF

34. A recomendação do TCU já se encontra atendida com a análise de sensibilizada realizada (peça 74, p. 6).

Análise da SeinfraRodoviaAviação

35. Nesse caso, a proposta de recomendação da Secex-RJ foi pertinente e já foi implementada, devendo ser acolhida.

Recomendação “c.7” da Secex-RJ: “atualizar a premissa econômica relativa à taxa Selic média utilizada no cálculo do custo de capital de terceiros, incorporando os valores mais recentes, de modo a capturar a tendência atual de queda dessa taxa, ajustando, em consequência, o valor mínimo da outorga da concessão da Lotex”

Manifestação da Seae/MF

36. O órgão coaduna com o entendimento proferido pela SeinfraRodoviaAviação (peça 74, p. 6-7).

Análise da SeinfraRodoviaAviação

37. Esta unidade técnica mantém o seu entendimento anterior em relação ao tema (peça 67, p. 3-5), sugerindo que não seja efetivada a proposta originalmente formulada pela Secex-RJ.

Recomendação “c.8” da Secex-RJ: “ajustar a participação de capital de terceiros na planilha de fluxo de caixa para aproximá-lo da estrutura média de capital praticado pelas empresas lotéricas comparáveis no cenário internacional, bem como para refletir o incentivo à permanência da alavancagem em face da dedutibilidade dos juros pagos, ajustando, em consequência, o valor mínimo da outorga da concessão da Lotex”

Manifestação da Seae/MF

38. A Seae/MF entende que é possível a redução do capital com o fluxo de caixa gerado alterando a relação debt/equity, e, desse modo, foi inserida uma regra no modelo pela qual o concessionário sempre faz a redução do capital da companhia no limite do seu caixa disponível no período, o que acarretou aumento de R\$ 5 milhões no valor da outorga (peça 74, p. 7-8).

Análise da SeinfraRodoviaAviação

39. Concorde-se com a proposta formulada pela Secex-RJ, a qual não apenas foi pertinente ao objeto auditado, como gerou benefício efetivo à concessão consubstanciada no aumento do valor mínimo da outorga. Em uma análise preliminar, não foram constatadas falhas na abordagem da Seae/MF para implementar a recomendação.

Recomendação “c.9” da Secex-RJ: “revisar a utilização da fórmula de cálculo do incremento mensal dos pontos de venda alvo e da taxa de penetração na maturidade entre o 59º e 60º mês, eis que o crescimento contínuo projetado, que deveria acontecer por 5 anos (de jan. 2018 a dez. 2022), foi interrompido em novembro de 2022 (59º mês) pela ausência de um sinal de igual na fórmula do marcador, ajustando, em consequência, o valor mínimo da outorga da concessão da Lotex”

Manifestação da Seae/MF



40. Após confirmação da ausência de sinal de igual nas fórmulas, foram realizadas as devidas correções no modelo econômico-financeiro, reduzindo a outorga em aproximadamente R\$ 3 milhões (peça 74, p. 8).

Análise da SeinfraRodoviaAviação

41. Este ponto não foi objeto de discussão de análises anteriores desta unidade técnica. Concorde-se com o encaminhamento proposto pela Secex-RJ, o qual já foi implementado pela Seae/MF. Os novos documentos trazidos ao Tribunal também já refletem as alterações realizadas nos estudos.

Recomendação “c.10” da Secex-RJ: “inserir cláusula no contrato de concessão prevendo a possibilidade de que eventual autorização do Ministério da Fazenda para redução do capital social da concessionária poderá ensejar reequilíbrio econômico-financeiro em favor do poder concedente na hipótese de que disso resulte redução do custo médio de capital da concessionária”

Manifestação da Seae/MF

42. O órgão coaduna com o entendimento proferido pela SeinfraRodoviaAviação (peça 74, p. 8-9).

Análise da SeinfraRodoviaAviação

43. Esta unidade técnica mantém o seu entendimento anterior em relação ao tema (peça 67, p. 1-3), sugerindo que não seja efetivada a proposta originalmente formulada pela Secex-RJ.

Proposta de ciência “d.1” da Secex-RJ: “não se verificou previsão na minuta do edital para o caso de ocorrer empate entre propostas econômicas escritas iguais apresentadas por mais de um licitante”

Manifestação da Seae/MF

44. O órgão entende que os critérios de desempate a serem adotados são aqueles previstos no art. 3º, § 2º, e no art. 45, § 2º, da Lei 8.666/93, que tratam do desempate por ordem de preferência e por sorteio, respectivamente, e que esses critérios são aplicáveis independentemente de previsão editalícia, eis que sua imposição decorre da própria disposição legal (peça 74, p. 10).

Análise da SeinfraRodoviaAviação

45. O fundamento invocado pela Secex-RJ para fundamentar a proposta de “dar ciência” foi a existência de precedente sobre o tema no Acórdão 3.697/2013-TCU-Plenário. Examinando atentamente aquele julgado, foi exarada uma determinação para reforma do edital porque na minuta de edital colocada em audiência pública só havia critério de desempate para o caso de a disputa envolver proponente brasileira e estrangeira.

46. O critério de julgamento é item obrigatório do edital, por força expressa do art. 40, inciso VII, da Lei 8.666/1993, e, nesse conceito, inclui-se a condição de desempate (art. 45, caput, e § 3º da Lei 8.666/1993).

47. Nesse sentido, foi pertinente o encaminhamento proposto pela Secex-RJ, inclusive porque, nos termos do art. 4º da Portaria-Segecex 13/2011, que disciplina a proposição de determinações pelas unidades técnicas, esta falha identificada pode ser considerada de natureza formal, e não foi objeto de proposta de aplicação de multa nem de determinação.

48. Portanto, deve ser mantida a proposta originalmente sugerida pela unidade carioca.

Proposta de ciência “d.2” da Secex-RJ: “a prorrogação do prazo de concessão em razão de reequilíbrio econômico-financeiro requer também expressa autorização no instrumento convocatório”



Manifestação da Seae/MF

49. A Seae/MF entende que a previsão constante da minuta de contrato, no que tange à prorrogação do prazo contratual em decorrência de recomposição de reequilíbrio econômico-financeiro, já atende ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório (peça 74, p. 10).

Análise da SeinfraRodoviaAviação

50. Entende-se que assiste razão o entendimento da Seae/MF, tendo em vista que foi demonstrado que o precedente invocado para realizar a proposta de “dar ciência” (Acórdão 738/2017-TCU-Plenário) difere do presente caso, porque na presente concessão o mecanismo de prorrogação já está previsto na minuta contratual.

51. Portanto, opina-se pela retirada da proposta formulada pela Secex-RJ.

Proposta de ciência “d.3” da Secex-RJ: “a exigência, como requisito de qualificação econômica, de patrimônio líquido mínimo concomitante com a apresentação de garantia de proposta, ainda que a prestação de garantia seja exigida como requisito autônomo de habilitação, poderá se configurar como indevida e prejudicar o caráter competitivo da licitação”

Manifestação da Seae/MF

52. O órgão entende que, considerando que a minuta de edital limitou a comprovação de patrimônio líquido em patamar que atende ao percentual previsto na legislação, não se verifica restrição à competitividade (peça 74, p. 10-13).

Análise da SeinfraRodoviaAviação

53. Assiste razão à Seae/MF, com base no precedente do Acórdão 2.573/2012-TCU-Plenário por ela suscitado. Além disso a previsão de exigência simultânea de garantia de proposta e de patrimônio líquido mínimo foi prevista em diversos editais de rodovias licitados pela ANTT (EDITAL Nº 003/2013 – BR-163/MT; EDITAL Nº 004/2013 – BR-060/153/262/DF/GO/MG; EDITAL Nº 005/2013 – BR-163/MS; EDITAL Nº 001/2013 – BR-050/GO/MG e BR-262/ES/MG; EDITAL Nº 001/2014 – BR-153/TO/GO; EDITAL Nº 006/2013 –BR-040/DF/GO/MG).

54. Também já foram licitados pela Anac diversos editais de aeroportos com a exigência cumulativa de garantia de proposta e capital mínimo (e.g. Leilão nº 01/2016 e Leilão nº 01/2013) sem que esse fato tenha sido reputado pelo TCU como ilegal.

55. Dessa forma, sugere-se a supressão da proposta anteriormente formulada pela Secex-RJ

Proposta de ciência “d.4” da Secex-RJ: “a participação da Caixa Econômica Federal (CEF) no certame pode representar quebra da isonomia e de igualdade de condições entre licitantes em razão das informações que o banco detém sobre o processo de desestatização”

Manifestação da Seae/MF

56. A Seae/MF entende que, prudencialmente, para mitigar o risco de inviabilidade, de ausência de competitividade ou de questionamento judicial que impeça o prosseguimento do certame da LOTEX, deverá ser previsto no edital de concessão da LOTEX mecanismo que vede a participação da Caixa Econômica Federal como integrante de consórcio licitante na concessão desse serviço público (peça 74, p. 13).

Análise da SeinfraRodoviaAviação

57. Esta unidade técnica, na primeira oportunidade que teve de analisar tal proposta, opinou pela substituição da proposta de “dar ciência” por recomendação no sentido de que a Seae/MF estudasse de maneira mais aprofundada os impactos concorrenciais decorrentes da participação da CEF no certame.



58. Esses estudos foram realizados pelo órgão e estão contidos na Nota Técnica SEI 5/2018/COGPS/SUFIL/SEAE-MF (peça 74, p.17-24), a qual contém todas as manifestações da Seae/MF acerca da participação da Caixa Econômica Federal (CEF) no certame licitatório da concessão da Lotex, e concluiu pela vedação da participação da CEF no certame.

59. Dessa forma a proposta originalmente formulada pela Secex-RJ foi pertinente ao objeto auditado e alcançou o seu objetivo, tendo em vista que já foi restrita a participação da CEF na licitação. Dessa forma, não há prejuízo agora para a sua supressão.

Recomendação da Subunidade Dilog-RJ: “avaliem a conveniência e oportunidade de, previamente ao edital da futura concessão, editar todas as providências normativas apontadas pelo Serviço “B” julgadas necessárias e suficientes à segurança jurídico-econômica do processo, após à modelagem final da concessão” (peça 61)

Manifestação da Seae/MF

60. A Seae/MF entende que as providências recomendadas estão consubstanciadas nos seguintes atos normativos: (i) decreto regulamentador do serviço público de Lotex; (ii) alteração do § 5º do art. 28 da Lei 13.155/2015; e (iii) alteração da Circular CEF 745/2017 (peça 74, p. 13-14).

61. Em relação ao primeiro normativo supracitado foi informado que a minuta do Decreto que prevê a regulamentação da LOTEEX encontra-se em análise na PGFN e que, como recomendado pelo TCU, a edição desse decreto ocorrerá previamente à publicação do edital da referida concessão, de maneira a eliminar incertezas acerca do marco institucional desse serviço público.

62. Em relação ao segundo normativo supracitado, com o advento da Lei 13.262/2016, que afastou a centralidade da utilização de marca de entidades desportivas como elementos gráficos na Lotex, já foi flexibilizado o emprego de outros motes que incrementem a atratividade do produto, não havendo necessidade agora de instrumento legal que altere os termos da Lei 13.155/2015.

63. Por fim, a Seae/MF entende que a Circular CEF 745/2017 perdeu o objeto, no que diz respeito à loteria instantânea, em razão de o marco institucional que permitia a operação dessa modalidade lotérica na CEF até meados de 2015 ter sido extinto com a revogação do Decreto 99.268/1990, por intermédio do Decreto 8.897/2016, editado a partir de ação para a adequação dos normativos legais atinentes a essa modalidade lotérica.

Análise da SeinfraRodoviaAviação

64. As medidas indicadas apontadas pela Seae/MF estão em linha com a jurisprudência desta Corte de implementar previamente à concessão do serviço as premissas sob as quais este se baseia (e.g. Acórdão 3.232/2011-TCU-Plenário, item 9.2.1) – não havendo reparos a fazer nesse ponto.

65. Dessa forma a proposta originalmente formulada pela Secex-RJ já alcançou o seu objetivo, não havendo prejuízo em suprimi-la neste momento.

Recomendação da Subunidade Dilog-RJ: “incluir previsão de parâmetros e metodologias a serem adotadas quanto ao cálculo do reequilíbrio contratual para as hipóteses elencadas na minuta do contrato de concessão, a fim de calcular compensação que anule os impactos financeiros positivos ou negativos do evento gerador do desequilíbrio” (peça 61)

Manifestação da Seae/MF

66. De acordo com o órgão será utilizada a metodologia de Fluxo de Caixa Marginal para cálculo do reequilíbrio, e será incorporada na minuta do contrato de concessão uma fórmula paramétrica para cálculo da taxa de desconto que será utilizada para descontar os fluxos referidos acima (peça 74, p. 14-15).

Análise da SeinfraRodoviaAviação



67. A metodologia utilizada está em linha com a já utilizada em outros processos recentes de concessões e PPPs. Com relação à taxa de desconto a ser utilizada, não ficou evidenciada incompatibilidade na utilização da taxa Selic como indexador, mantendo-se o mesmo patamar da taxa de desconto adotada no modelo.

68. Assim, não se vislumbra necessidade de manter a recomendação proposta anteriormente.

CONCLUSÃO

69. Foram examinados nesta oportunidade os documentos encaminhados pela Seae/MF como resposta à questão afeta ao marco jurídico-regulatório do serviço a ser concedido, buscando esclarecer “a adequação da estrutura do referido ministério para exercer as competências regulatórias afetas ao serviço a ser concedido, bem como das normas já existentes, das medidas planejadas e dos recursos direcionados para tanto”.

70. A análise permitiu reafirmar o entendimento de que o marco regulatório para o serviço já existe. Entende-se também pela suficiência de servidores para tratamento da matéria no âmbito da Seae/MF, pois a regulação da Lotex não constitui atividade estranha àquele órgão, tendo em conta que atividades similares já são desenvolvidas em outras modalidades lotéricas já existentes. Por fim, tendo em vista compromisso assumido pela Seae/MF de implementar as medidas contidas na minuta de decreto regulamentador do serviço público a ser concedido previamente ao Edital, não se vislumbra medida a ser tomada por este Tribunal em relação ao assunto.

71. Este exame técnico abordou também os pontos propostos originalmente pela Secex-RJ às alíneas “c” e “d” da peça 60, complementadas pelo despacho à peça 61, uma vez que houve manifestação complementar da Seae/MF sobre essas propostas, inicialmente formuladas por aquela unidade técnica.

72. Verificou-se que houve anuência do ministério ou que já foram tomadas medidas para implementação em relação às recomendações c.1, c.6, c.8, c.9 e c.11. Assim, não há necessidade de expedi-las.

73. Quanto às demais recomendações, c.2, c.3, c.4, c.5, c.7, c.10 e complementar da Dilog-RJ (recomendação ao Ministério da Fazenda e à Casa Civil da Presidência da República), a análise das respostas apresentadas permitiu concluir pela desnecessidade de sua expedição.

74. Por fim, quanto às propostas de ciência alvitradas à Seae/MF, considera-se oportuno manter a referente ao item d.1. Quanto às demais, opina-se pela sua não propositura, por ter sido anuída (d.4) ou por terem sido consideradas não necessárias (d.2 e d.3), haja vista as ponderações emanadas por aquela secretaria econômica.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Circunscrevendo a presente proposta às alíneas “c” e “d” da proposta de encaminhamento à peça 60, p. 37-39, complementadas pelo despacho à peça 61, submetem-se os autos à consideração superior, propondo encaminhá-los ao Gabinete do Relator, Exmo. Sr. Ministro Aroldo Cedraz, no sentido de dar ciência à Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda de que não se verificou previsão na minuta do edital para o caso de ocorrer empate entre propostas econômicas escritas iguais apresentadas por mais de um licitante, conforme já decidido no item 9.2.1 do Acórdão 3.697/2013-TCU- Plenário, rel. Ministro Walton Alencar.

SeinfraRodoviaAviação, 5 de fevereiro de 2018.



(assinado eletronicamente)
André Luiz de Albuquerque Farias
AUFC – Matr. 9483-8