

VOTO

Conforme consignado no relatório precedente, este processo de desestatização cuida do acompanhamento da outorga de concessão do serviço público de Loteria Instantânea Exclusiva (Lotex), conhecida popularmente como “Raspadinha”, instituído pela Lei 13.155/2016 e incluído no Programa Nacional de Desestatização (PND) por meio do Decreto 9.155/2017.

2. No âmbito desta Corte de Contas, a matéria está disciplinada pela Instrução Normativa TCU 27/1998, que dispõe sobre o acompanhamento concomitante dos processos de outorga de concessão de serviços públicos, realizado em quatro estágios, por meio de análise da documentação remetida pelo Poder Concedente.

3. Aprecia-se, nessa oportunidade, o primeiro estágio de desestatização, que engloba os estudos de viabilidade técnica e econômica utilizados na modelagem e na precificação do serviço a ser concedido.

4. A versão definitiva dos estudos de avaliação econômico-financeira e da planilha de fluxo de caixa, consolidada após reuniões técnicas preliminares entre o BNDES, que atua como gestor da desestatização, e a Secex-RJ, aponta para um prazo de concessão de 15 anos e valor mínimo de outorga de R\$ 546 milhões.

5. Inicialmente, cumpre esclarecer que a escolha da unidade técnica responsável por conduzir a instrução processual não cabe ao Relator. A atribuição de competências e a definição de clientela a cada unidade é atribuição do Secretário-Geral de Controle Externo, nos termos do art. 97, inciso II, da Resolução-TCU 284/2016, e que hoje se encontra regulamentada pela Portaria-Segecex 5/2017. Estando este processo em pauta para julgamento, recebi o Memorando-Segecex 19/2018, no qual o Secretário-Geral de Controle Externo informa que a unidade técnica responsável pela instrução do processo será, doravante, a SecexFazenda, contando, caso necessário, com alocação na referida unidade de servidores que detenham conhecimento e experiência em processos similares.

6. Quanto aos exames realizados pelas unidades que atuaram até o momento, entendo por sua adequação, acolhendo-os como minhas razões de decidir, sem prejuízo das considerações adicionais que passo a tecer.

II

7. Importa, primeiramente, ressaltar o caráter inovador da concessão ora em apreço, bem como da regulação estatal sobre o serviço, ante o monopólio até hoje exercido pela Caixa Econômica Federal sobre a exploração de loterias.

8. Nos termos do art. 22, inciso XX, da Constituição Federal, insere-se no rol de competências privativas da União legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios, o que inclui as loterias, conforme assentado pelo Pretório Excelso no Enunciado de Súmula Vinculante n. 2: “É inconstitucional a lei ou ato normativo Estadual ou Distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias”. Aliás, esse entendimento do STF decorre de diversas decisões que consideraram inconstitucional a criação de loterias estaduais, inclusive na modalidade instantânea, a exemplo das ADI 2847/DF (rel. Min Carlos Velloso), 2995/PE (rel. Min Celso de Mello) e 3147/PI (rel. Min Carlos Britto). Restam ainda pendentes de julgamento na Suprema Corte as ADPF 455 (rel. Min Luiz Fux), 492 (rel. Min Gilmar Mendes) e 493 (rel. Min Gilmar Mendes), em que os arguentes suscitam suposta inconstitucionalidade na vedação à exploração de atividades lotéricas por Estados-membros, a despeito da explícita consolidação jurisprudencial, de caráter vinculante, já emanada por aquela Corte Constitucional, e à qual manifesto, desde já, minha integral concordância.

9. O referido dispositivo constitucional encontra regulamentação geral no Decreto-Lei 204, de 27/2/1967. No art. 1º da norma, resta assentado que a exploração de loteria constitui serviço público

exclusivo da União e insuscetível de concessão. Já o art. 2º atribui à Caixa Econômica Federal a execução dos serviços relacionados à Loteria Federal, obedecidas as normas e determinações afetas à atividade, expedidas pelo órgão regulador competente.

10. Pontuo, nessa assentada, que o art. 28 da Lei 13.155, de 4/8/2015, ao tempo em que autorizou a instituição da Loteria Instantânea Exclusiva, determinou ainda que referida modalidade poderá ser executada diretamente pela Caixa Econômica Federal ou, indiretamente, mediante concessão. Ante a decisão do Poder Executivo Federal em incluir a Lotex no Programa Nacional de Desestatização – PND e promover a concessão do serviço, consubstanciada no art. 1º do Decreto 9.155, de 11/9/2017, opera-se verdadeira abertura da exploração de uma modalidade de loteria a particulares.

11. É precisamente esse o motivo que me levou a solicitar, conforme despacho anteriormente proferido nestes autos, que a unidade instrutiva se manifestasse sobre o risco de fragilidade do desenho do marco regulatório de um serviço público hoje inexistente – a loteria instantânea – e que será concedido à iniciativa privada em caráter monopolista – eis que a delegação se dará com caráter de exclusividade, concorrendo apenas com as demais modalidades de loteria operadas pela Caixa Econômica Federal. Ressaltei, naquele momento, “o elevado risco de prejuízo ao Poder Concedente na hipótese de mora na implantação de mecanismos eficazes de regulamentação e fiscalização técnica e econômico-financeira, seja pela má-qualidade do serviço, seja pelo desrespeito a direitos dos usuários, seja pela evasão de receitas a serem direcionadas”.

12. Ademais, não se pode descartar a possibilidade de que a União, futuramente, resolva ampliar o modelo de concessão às demais modalidades de concursos de prognósticos e, eventualmente, a outros jogos de azar que venham a ser permitidos no país. Nesse sentido, sobressai a relevância do desenho do marco regulatório para exploração de loterias, o qual influi não apenas no edital e na minuta de contrato dessa concessão, cuja análise será promovida no segundo estágio da presente desestatização, mas também poderia trazer impacto na própria modelagem econômico-financeira ora fiscalizada, caso, por exemplo, seja instituída taxa de fiscalização do serviço, algo mezinho em concessões de serviço público.

13. A unidade instrutiva limitou-se, na derradeira instrução, a afirmar que “o marco regulatório do serviço já existe” e 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”. Não foram examinados os riscos levantados nem houve qualquer análise crítica sobre a distinção entre se regulamentar um serviço explorado por uma empresa pública federal e se regular a atuação de uma concessionária privada, com incentivos econômicos distintos.

14. Verificou-se tão somente mera informação prestada pela Seae de que será publicado decreto regulamentador do serviço antes da publicação do edital. Considerando a etapa em que se encontra essa concessão, que impactos da futura regulação na concessão poderão ser corrigidos com os mecanismos típicos de reequilíbrio e que haverá novas oportunidades de manifestação nestes autos, aguardarei o encaminhamento da instrução de análise de segundo estágio, quando deverá ser dado cumprimento a meu despacho anterior, promovendo-se análise circunstanciada sobre o desenho do marco regulatório do serviço público de loteria instantânea, à luz dos riscos já apontados e que entendo ainda presentes.

III

15. A primeira instrução reproduzida no relatório precedente, de lavra da Secex-RJ, aponta para a necessidade de que o Poder Concedente avalie a oportunidade e a conveniência de se incluir cláusula no edital que impeça a participação no leilão de “ocupante de cargo efetivo ou emprego na Caixa Econômica Federal (CEF) nos últimos 180 dias anteriores à publicação do edital”.

16. Tal proposta defluiu do fato de que premissas utilizadas na modelagem econômico-financeira foram baseadas em informações disponibilizadas pela CEF, Seae e BNDES e em informações públicas de mercado, e que a minuta de edital encaminhada nessa etapa processual prevê restrição à participação no certame para servidores ou empregados do Ministério da Fazenda, da Seae e do BNDES, nada sendo mencionado sobre a Caixa Econômica Federal. A unidade instrutiva apontou ainda que a participação da CEF pode representar quebra de isonomia e de igualdade de condições entre licitantes em razão das informações que detém sobre o processo de desestatização, bem como possível conflito de interesse, vez que a Lotex concorrerá diretamente com as demais loterias comercializadas por aquele banco público. Já a SeinfraRodoviaAviação entendeu pela necessidade de que fossem estudados os impactos concorrenciais afetos à participação da CEF no certame.

17. Sobre a questão, manifestou-se a Seae no sentido de ter avaliado que, no mercado lotérico, os produtos possuem substitubilidade entre as modalidades lotéricas e que o aprofundamento do estudo de impacto concorrencial identificou que, em determinados assuntos, não foi dada ampla divulgação aos agentes de mercado. Por fim, entende a Seae que, a fim de mitigar o risco de inviabilidade, de ausência de competitividade ou de questionamento judicial que impeça o prosseguimento do certame, deverá ser previsto no edital mecanismo que vede a participação da Caixa Econômica Federal como integrante de consórcio licitante.

18. De fato, cabe ao Poder Concedente avaliar, sob os aspectos técnicos, econômicos e concorrenciais, a necessidade de imposição de limites à participação de potenciais interessados no certame, que devem estar embasados adequadamente, vez que implicam, a princípio, em redução de competitividade na licitação.

19. Há que se ponderar, todavia, o argumento de que a CEF teria informações privilegiadas sobre o certame, levantado pela unidade instrutiva, vez que não atuou como gestora da desestatização, tampouco participou da modelagem jurídica e econômico-financeira, ao menos do que deflui dos documentos acostados aos autos. O fato de explorar serviço similar, de ter dados de mercado obtidos de mão própria sobre o objeto da concessão ou mesmo de ter fornecido elementos de entrada para elaboração de estudos de viabilidade não configuram, por si só, informação privilegiada sobre a desestatização.

20. Aliás, o art. 31 da Lei 9.074, de 7/7/1995, é explícito em afirmar que “nas licitações para concessão e permissão de serviços públicos ou uso de bem público, os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básico ou executivo podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços”, ou seja, a regra geral adotada no país é a de que quem elabora o estudo não se encontra automaticamente impedido de participar da licitação. Na mesma linha segue a disposição inserta no art. 18 do Decreto 8.428, de 2/4/2015, que regulamenta o Procedimento de Manifestação de Interesse: “Nas licitações para concessão e permissão de serviços públicos ou uso de bem público, os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básico ou executivo podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços”.

21. Entretanto, considerando que outros argumentos foram trazidos pela Seae para restringir a participação da Caixa no certame, com justificativas de caráter concorrencial sobre as quais não pesaram apontamentos quanto a inconsistências pela unidade técnica, concordo com a SeinfraRodoviaAviação no sentido de ser desnecessário proferir recomendações quanto a esse ponto, sem prejuízo de que eventual nova mudança de posição do Poder Concedente, fundada em estudos aprofundados, passe por escrutínio no exame de segundo estágio.

IV

22. A instrução da Secex-RJ sugere ainda que sejam proferidas as seguintes recomendações ao Ministério da Fazenda:

- 22.1. considerar, na planilha de fluxo de caixa, a participação das casas lotéricas permissionárias da Caixa Econômica Federal como pontos de venda da Lotex, ajustando, em consequência, o valor mínimo da outorga;
- 22.2. 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 marco regulatório;
- 22.3. 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;
- 22.4. 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;
- 22.5. 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;
- 22.6. 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;
- 22.7. 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;
- 22.8. 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;
- 22.9. 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;
- 22.10. 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;
- 22.11. 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 (recomendação também endereçada à Casa Civil da Presidência da República).
23. A derradeira instrução da SeinfraRodoviaAviação aponta que, após a diligência promovida pela unidade técnica fluminense, manifestou-se a Seae no sentido de, desde já, acolher e tomar medidas para implementar as propostas de recomendação de que tratam os itens 22.5, 22.7, 22.8 e 22.10. Não se mostra necessária, portanto, manifestação desta Corte quanto às referidas propostas, eis que superadas no curso da instrução processual.

24. No que se refere às propostas de recomendação reproduzidas nos itens 22.1, 22.2, 22.3, 22.4, 22.6 e 22.9, concordo com a avaliação da última unidade a atuar nestes autos quanto a sua desnecessidade, pelos motivos já expostos no relatório precedente. Divirjo, todavia, da posição da SeinfraRodoviaAviação no que se refere à suposta inutilidade da recomendação sugerida no item 22.11, eis que os elementos trazidos aos autos não me permitem firmar convicção quanto à suficiência e a adequação do marco regulatório vigente, no que se refere à prestação do serviço ora concedido, tal como já expus na seção II deste Voto.

25. Demais disso, a SeinfraRodoviaAviação sugere acatar a proposta, formulada pela Secex-RJ, de que seja dada ciência ao 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”. Afasta, no entanto, as demais propostas de ciência, por se revelarem desnecessárias. Nesse ponto, o exame derradeiro da unidade especializada conta com minha integral anuência, sem prejuízo de ajustar a ciência alvitrada para que seja direcionada ao BNDES, por ser esse o gestor da desestatização.

26. Por fim, concluo, em conformidade com os exames ora efetuados, que foram atendidos os requisitos formais do primeiro estágio desta desestatização pelo Poder Concedente e que, dentro do escopo em que incidiram as análises das unidades instrutivas, não foi observada irregularidade, impropriedade ou não-conformidade relevante que justifique a paralisação do referido processo licitatório, podendo-se dar prosseguimento aos demais estágios de outorga.

Ante o exposto, VOTO no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 14 de março de 2018.

AROLDO CEDRAZ
Relator