

GRUPO I – CLASSE ____ – Plenário
TC 010.604/2016-2 [Apenso: TC 042.843/2018-9]

Natureza: Desestatização.

Órgãos/Entidades: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES); Secretaria de Avaliação, Planejamento, Energia e Loteria (SECAP); Ministério da Economia.

Interessada: Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), vinculada à Secretaria-Geral da Presidência da República.

Representação legal: Isamara Seabra (27685/OAB-DF) e outros, representando o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social; Leonardo Faustino Lima (53.806/OAB-DF) e outros, representando a Caixa Econômica Federal.

SUMÁRIO: DESESTATIZAÇÃO. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE LOTERIA INSTANTÂNEA EXCLUSIVA (LOTEX). SEGUNDO E TERCEIRO ESTÁGIOS. INEXISTÊNCIA DE ÓBICES AO PROSSEGUIMENTO DO PROCESSO. MARCO REGULATÓRIO AINDA EM DESENVOLVIMENTO. RISCOS AFETOS AO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DA CONCESSÃO E AO COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO. IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E DA LISURA DOS SISTEMAS DE SORTEIOS E DE PRÊMIOS. DETERMINAÇÃO PARA ANÁLISE DE RISCOS. RECOMENDAÇÕES. RESTITUIÇÃO DOS AUTOS À SEGECEX PARA EXAME DOS DEMAIS ESTÁGIOS.

RELATÓRIO

Adoto como Relatório a instrução da Secretaria de Controle Externo da Fazenda Nacional (peça 162), a qual contou com a anuência do seu corpo dirigente (peça 163):

“INTRODUÇÃO

1. Consoante instruções elaboradas no decorrer deste processo, trata-se de fiscalização de outorga de concessão do serviço público de Loteria Instantânea Exclusiva (Lotex) pelo período de 15 (quinze) anos. Nos termos do *caput* do art. 7º da IN-TCU 27/1998, a fiscalização dos processos de concessão de serviços públicos da União deverá ser realizada pelo TCU em quatro estágios, com base na documentação enviada pelo Poder Concedente. Após a realização do leilão e a sua respectiva homologação, a presente instrução **analisará o segundo e terceiro estágios** da IN-TCU 27/1998 (art. 7º, incisos II e III).

2. Por oportuno, a Lotex foi criada pela Lei nº 13.155/2015 e incluída no Programa Nacional de Desestatização (PND) por meio do Decreto nº 9.155/2017. Instrução anterior desta unidade técnica destacou que a IN-TCU 27, de 2 de dezembro de 1998, foi revogada pela IN-TCU nº 81, de 20 de junho de 2018. Apesar disso, as análises deste processo serão regidas pela IN 27/1998, conforme o disposto no §2º do art. 4º da IN-TCU 81/2019, o qual exigiu sua aplicação apenas

para processos de desestatizações iniciados a partir do ano de 2019. Dessa maneira, como a desestatização da Lotex teve início antes de 2019, aplica-se a IN-TCU 27/1998 às análises desta concessão.

HISTÓRICO

3. Conforme exposto à peça 133, após o insucesso da primeira tentativa de realizar a licitação da Lotex, em 25 de junho de 2018 (peça 111), o BNDES promoveu alterações no edital de concessão para tornar a licitação mais atrativa (peça 112, p. 10-14). A previsão da nova licitação foi para ocorrer em novembro de 2018, mas o certame foi adiado até 27/5/2019, quando houve nova tentativa de licitar a Lotex. Entretanto, mesmo com os ajustes, houve nova deserção, sem a apresentação de qualquer proposta por parte de eventuais interessados na concessão. A partir deste fato, foram realizadas novas alterações na licitação pelo BNDES relativas ainda ao primeiro estágio da IN-TCU 27/1998.

4. Em 11/9/2019, o BNDES encaminhou o Of. AEP/DEP1 nº 08/2019, de 2 de setembro de 2019, informando a publicação do novo edital de concessão da Lotex, ocorrida em 30 de agosto de 2019 (peça 123). Juntamente com o Ofício, foi enviada a documentação pertinente ao segundo estágio (peças 123 e 124), quais sejam: a) edital de concessão; b) Manual de procedimentos; c) Minuta do Contrato de Concessão; d) Aviso de publicação do edital no Diário Oficial da União, de 30/8/2019; e) Aviso de publicação do edital no jornal Estadão de 30/8/2019.

5. Com vistas a verificar a adequação do prosseguimento da concessão depois das modificações propostas, a SecexFinanças analisou essas alterações (instrução à peça 133) com o fito de opinar se esses ajustes modificaram a premissas relativas ao primeiro estágio já aprovado pelo Acórdão nº 514/2018-TCU-Plenário (Rel. Min. Aroldo Cedraz) e, se em razão disso, seria necessária nova análise desse estágio.

6. As análises desta Secretaria relativas ao primeiro estágio foram concentradas nos seguintes pontos:

6.1. Alteração na forma de pagamento da outorga: na segunda tentativa de licitar a concessão o BNDES realizou ajustes no edital para permitir o pagamento parcelado da outorga em quatro parcelas anuais, com a primeira parcela de R\$ 162.391.926,11 e o restante em três pagamentos anuais atualizados pelo IPCA (peça 127, p. 3). Em razão da segunda deserção, foi alterada novamente a forma de pagamento, com o parcelamento em oito pagamentos (peça 127, p. 2), sendo a primeira parcela paga no momento da assinatura do contrato, no valor de R\$ 103.041.695,97 e as parcelas restantes debitadas anualmente, com todos os valores corrigidos pelo IPCA.

6.1.1. O entendimento desta unidade técnica (peças 133 e 134) – que respaldou a decisão do Tribunal, por meio do Acórdão nº 2433/2019-TCU-Plenário (Relator Min. Aroldo Cedraz) – foi de que as alterações realizadas pelo Poder Concedente não impactaram no Valor Presente Líquido (VPL) da outorga, nem descaracterizaram as análises iniciais já realizadas e apreciadas pelo TCU, não havendo a necessidade de refazer a etapa do primeiro estágio.

6.2. Modificação nos critérios de qualificação técnica: outra alteração realizada no edital foi sobre a exigência de qualificação técnica (peça 130, p. 58). O novel instrumento convocatório reduziu o valor mínimo exigido no atestado relativo à experiência na operação do serviço de loteria instantânea de R\$ 1,2 bilhões para R\$ 560 milhões, em período não superior a 12 (doze) meses seguidos.

6.2.1. A opinião da SecexFinanças e a decisão do TCU foi de que a alteração da qualificação técnica nos termos informados tornou a exigência de habilitação técnica menos rígida, concorrendo para uma maior competitividade na licitação – sem prejuízo qualitativo no objeto concedido –, se mostrando proporcional para possibilitar a atratividade do leilão da Lotex:

38. Verifica-se que o somatório da participação da União na arrecadação da Lotex é de 16,7%, independentemente do valor arrecadado com os impostos. Esses fatores demonstram o total interesse do poder concedente no sucesso do negócio, o que demanda

cautela na licitação do serviço, com exigência de critérios mínimos de capacidade dos eventuais participantes. Nesse norte, a redução dos valores de qualificação técnica nos termos apresentados pelo BNDES indica ser proporcional para possibilitarem maior competitividade para o leilão e, também, para manter padrões de qualidade do eventual vencedor.

39. Vale reforçar, novamente, que essa análise deve levar em consideração que já ocorreram duas tentativas desertas de licitar a Lotex e, também, o fato dos riscos operacionais serem de exclusiva responsabilidade da empresa vencedora da licitação.

6.3. O BNDES realizou outras alterações mais simples que também foram ratificadas pela SecexFinanças e validadas pelo Tribunal na deliberação que gerou o Acórdão nº 2433/2019-TCU-Plenário (Relator Min. Aroldo Cedraz), quais sejam: alteração dos valores das garantias da proposta e da execução do contrato; ajuste do cálculo de valores de indenização nos casos de encampação, caducidade, rescisão e anulação; detalhamento sobre o pagamento de prêmios; atualização dos valores do contrato.

6.3.1 Além disso, cabe informar as alterações decorrentes de deliberação do TCU sobre o primeiro estágio: alteração para considerar a possibilidade de empate e forma de se resolver essa situação; inclusão de cláusula relacionada com a prevenção à lavagem de dinheiro e, também, questões de normatização para dar maior segurança jurídico-econômica ao certame.

7. A partir do Acórdão nº 2433/2019-TCU-Plenário, o BNDES deu andamento ao 2º e 3º estágios da licitação da Lotex, os quais serão analisados no tópico seguinte. Além disso, a presente instrução cuidará também da análise de outras questões demandadas pelo eminente Ministro-Relator Aroldo Cedraz no decorrer do processo e que necessitam da devida acurácia desta unidade técnica.

EXAME TÉCNICO

8. Tendo em vista a aprovação pelo TCU das alterações no edital e no contrato da concessão, o BNDES prosseguiu com a licitação e, em 22/10/2019, conforme previsto no cronograma da licitação, houve a abertura da única proposta apresentada. A oferta foi emitida pelo **Consórcio Estrela Instantânea**, composto pelas empresas *Scientific Games Italy Investments S.R.L.* (SG) (empresa líder) e *IGT Global Services Limited* (IGT), tendo sua proposta econômica e habilitação ocorrido em 4/11/2019 (peça 161). Ambas empresas detêm participação equivalente no consórcio, cabendo 50% a cada uma.

9. A SG e a IGT são grandes *players* do setor de jogos e loterias e estão listadas na *New York Stock Exchange* (NYSE) (<https://www.nyse.com/index>) com atuação expressiva e elevada representatividade em âmbito mundial nesse setor. Algumas informações sobre cada uma dessas empresas componentes do Consórcio Estrela Instantânea foram inseridas no Quadro 1:

Quadro 1 – Informações das empresas consorciadas IGT e SG (Consórcio Estrela Instantânea)

	IGT	SG
Receitas ^{1,2} (2018/2017) (US\$)	(4,830 bilhões/ 4,937 bilhões)	(3,363 bilhões/ 3,083 bilhões)
Empregados em 2018 ^{3,4}	12.100	9.700
Países em que opera (Peça 160, p. 5)	mais de 100 países	mais de 100 países

¹ Fonte: *Annual Reports and Accounts 2018 IGT* (disponível em: <<http://ir.igt.com/static-files/b79d2e54-0ddb-4778-836b-18ad04efe024>>. Acesso em 26/12/2019)

² Fonte: *ANNUAL REPORT PURSUANT TO SECTION 13 OR 15(d) OF THE SECURITIES EXCHANGE ACT OF 1934. For the fiscal year ended: December 31, 2018* (disponível em: <<https://scientificgames.gcs-web.com/static-files/63dbce06-ea61-4403-94d9-9b284c6f9c7a>>. Acesso em 26/12/2019)

³ Fonte: *Annual Reports and Accounts 2018 IGT* (disponível em: <<http://ir.igt.com/static-files/b79d2e54-0ddb-4778-836b-18ad04efe024>>. Acesso em 26/12/2019)

⁴ Fonte: *ANNUAL REPORT PURSUANT TO SECTION 13 OR 15(d) OF THE SECURITIES EXCHANGE ACT OF 1934. For the fiscal year ended: December 31, 2018* (disponível em: <<https://scientificgames.gcs-web.com/static-files/63dbce06-ea61-4403-94d9-9b284c6f9c7a>>. Acesso em 26/12/2019)

Valores negociados na NYSE (US\$) (Peça 160, p. 5)	3,1 bilhões	2,7 bilhões
--	-------------	-------------

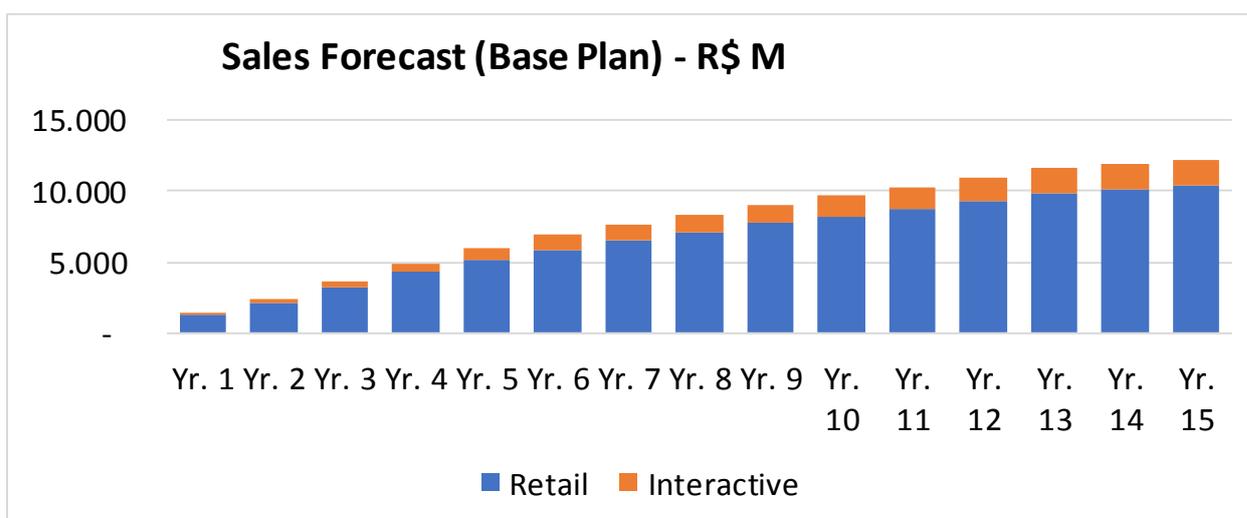
10.De acordo com as informações do Quadro 1, é possível constatar que ambas empresas possuem elevado porte econômico (cerca de 8 bilhões de dólares em conjunto e cerca de 5,8 bilhões de dólares negociados na NYSE), grande número de colaboradores (cerca de 21.800 empregados em 2018), e destacada atuação no mercado global, atuando em mais de cem países cada uma), alinhado com o exigido no instrumento convocatório.

11.Importante informar que as empresas atuam em âmbito mundial de forma paralela ou não, ou seja, podendo atuar como concorrentes em um determinado país, atuar isoladamente em outros países e até mesmo de forma conjunta, como ocorre no Brasil para a exploração da Lotex.

12.Tais números sugerem, pela documentação acostada aos autos, uma robustez do consórcio, formalmente alinhada com o que se solicitou no edital, em uma nova – e de massivo emprego de capital – exploração de jogos no Brasil. Também, indicam demonstração de capacidade técnica e financeira do grupo condizente com o solicitado na convocação editalícias, de sorte a implantar e conduzir o serviço de loteria instantânea exclusiva no país.

13.A seguir, a Figura 1 demonstra a previsão do consórcio Estrela Instantânea das receitas com vendas da raspadinha impressa e virtual durante o período dos 15 anos da concessão (peça 160, p. 8):

Figura 1 – Previsão de receitas do consórcio Estrela Instantânea no Brasil para os 15 anos de concessão da Lotex



Fonte: Dados do consórcio Estrela Instantânea (peça 160)

14.De acordo com as previsões do consórcio Estrela Instantânea (Figura 1), a modelagem de negócios prevê um crescimento das receitas no decorrer dos quinze anos da concessão da Lotex. Segundo essas previsões, tanto a venda da “raspadinha” no varejo (*retail*) quanto a venda virtual (*interactive*) apresentarão crescimento, com melhor desempenho de ambos produtos previsto para o 15º ano, chegando a um montante previsto de cerca de R\$ 12 bilhões nesse ano final.

15.No mesmo documento à página 10, o consórcio apresenta alguns números globais da sua previsão para os quinze anos de concessão. São projetados R\$ 120 bilhões de receitas totais para o período; distribuição de R\$ 76 bilhões aos jogadores; R\$ 22 bilhões de taxas e impostos pagos ao Governo Federal, além de R\$ 900 milhões à Caixa por utilizar sua rede credenciada na venda do produto, dentre outras informações previstas para o período.

16.Verificados os aspectos da composição do Consórcio Estrela Instantânea, sua representatividade e as receitas previstas para o período de exploração do serviço da Lotex, passe-se às análises específicas relativas ao segundo e terceiro estágios da licitação.

Análises do segundo e terceiro estágios da IN-TCU 27/1998

17. Para embasar os trabalhos, as análises se darão com amparo principalmente na: IN-TCU nº 27/1998; Lei 9.491/1997 (Lei do Programa Nacional de Desestatizações); e na Lei 8.987/1995 (Lei das Concessões e Permissões de serviços públicos). Cabe ressaltar que, para a presente concessão, não houve a fase de pré-qualificação, não sendo, portanto, aplicáveis as alíneas 'a', 'b', 'c' e 'd', do inciso II do art. 7º da IN-TCU 27/1998.

18. Sobre o **segundo estágio**, serão examinados o edital de licitação (alínea 'e', inciso II do art. 7º da IN-TCU nº 27/1998); a minuta de contrato (alínea 'f', inciso II do art. 7º da IN-TCU nº 27/1998); comunicações e esclarecimentos eventualmente encaminhados aos licitantes e impugnações e suas respostas (alínea 'g', inciso II do art. 7º da IN-TCU nº 27/1998). As análises afetas ao **terceiro estágio** serão sobre as etapas da habilitação (alíneas 'a', 'b' e 'c', inciso III do art. 7º da IN-TCU nº 27/1998); etapas do julgamento (alíneas 'd', 'e' e 'f', inciso III do art. 7º da IN-TCU nº 27/1998).

19. Além dessas avaliações, serão examinadas questões relevantes sobre o objeto dessa concessão e que foram destacadas pelo Ministro-Relator Aroldo Cedraz, em Despacho de 20/11/2017 e no seu Voto condutor do Acórdão nº 514/2018-TCU-Plenário, quando da análise do primeiro estágio dessa concessão.

20. Com relação aos prazos para envio ao TCU para o 2º e 3º estágios, a IN-TCU 27/1998 prevê:

Art. 8º O dirigente do órgão ou da entidade federal concedente encaminhará, mediante cópia, a documentação descrita no artigo anterior ao Tribunal de Contas da União, observados os seguintes prazos: (...)

II – segundo estágio - 5 (cinco) dias, no máximo, após:

- a) a sua publicação, para o edital de pré-qualificação;
- b) o resultado final do julgamento, para os documentos relacionados nas alíneas "b" a "d" deste estágio;
- c) a sua publicação, para o edital de licitação, acompanhado da minuta do contrato;
- d) esgotado o prazo de impugnação ao edital, para os documentos relacionados na alínea "g" deste estágio.

III – terceiro estágio - 5 (cinco) dias, no máximo, após:

- a) esgotado o prazo para a interposição de recursos ao resultado do julgamento da fase de habilitação para os documentos relacionados nas alíneas "a" e "b" deste estágio;
- b) as decisões proferidas sobre eventuais recursos interpostos para os documentos relacionados na alínea "c";
- c) a homologação do resultado do julgamento das propostas para os demais documentos deste estágio.

21. As informações relativas aos incisos II (2º estágio) e III (3º estágio) foram enviadas pelo BNDES nos seguintes documentos:

- a) Ofício AEP/DEP1 nº 08/2019, de 2 de setembro de 2019 (peças 123 e 124). Na oportunidade foram encaminhados o edital de concessão, o manual de procedimentos, a minuta do contrato de concessão, o aviso de publicação no Diário Oficial da União e o aviso de publicação do edital no jornal Estadão de 30/8/2019;
- b) considerando a deserção ocorrida no leilão anterior, o Ofício AEP/DEP1 nº 08/2019 foi complementado com informações pelo Ofício AEP/DEP1 nº 09/2019, de 17 de setembro de 2019 (peça 125) e pelos e-mails do BNDES (peças 127 e 128). Tais documentos foram avaliados em instrução anterior da SecexFinanças;
- c) após a decisão do TCU sobre não ser necessária a reanálise do primeiro estágio (peças 133,

134, 137-139), o BNDES acostou ainda as solicitações de esclarecimentos recebidas e as respectivas respostas por meio do Ofício AEP/DEP1 nº 09/2019, de 18 de outubro de 2019 (peça 145), comunicando também a não ocorrência de impugnação ao referido edital;

d) Ofício AEP/DEP1 nº 13/2019, de 14 de novembro de 2019 (peça 151 e itens não digitalizáveis), endereçou documentos relacionados com o 3º estágio, sendo eles: Avisos da comissão de Outorga; Ata da Sessão de Entrega de Volumes; Ata da Sessão Pública do Leilão da Lotex; Relatório de Julgamento da Habilitação, referente ao Parecer Técnico sobre a Proposta; Relatórios das análises da garantia, proposta econômica e da qualificação; Documentação do licitante vencedor; Ata de julgamento da Proposta Econômica; e publicação no Diário Oficial da União do Julgamento da proposta econômica e da habilitação.

22. A partir da análise dos documentos recebidos, verifica-se que foram cumpridos pelo BNDES os requisitos dos prazos de entrega exigidos na IN-TCU 27/1998 para o 2º e 3º estágios, consoante sintetizado no Quadro 2, em que constam informações sobre os documentos e prazos exigidos pela IN-TCU 27/1998 para apresentação ao Tribunal. Conforme exposto, nessa licitação não houve a fase de pré-qualificação, não sendo aplicáveis as alíneas a), b), e c) do inciso II do artigo 7º.

Quadro 2 - Requisitos da IN – TCU 27/1998

Requisito da IN-TCU 27/1998	Síntese	Status
Art. 7º, inciso II	Documentos e informações que compõem a análise do segundo estágio	Cumprido, peças 123, 124, 125, 126 e 145.
Art. 7º, inciso III	Documentos e informações que compõem a análise do terceiro estágio	Cumprido, peça 151 com item não digitalizável em: \\ sarq_prod\Unidades\Seproc\secretarias_tcu\7.SecexFinanças\TC_010_604_2016-2\Peça_151 .
Art. 8º, inciso II	Prazos para envio dos documentos e informações do segundo estágio	Cumprido, peça 123.
Art. 8º, inciso III	Prazos para envio dos documentos e informações do terceiro estágio	Cumprido, peça 151.

23. Com relação aos documentos enviados pelo BNDES (peça 151), tais peças foram avaliadas por esta unidade técnica e não houve qualquer aspecto ou questionamento contrário às análises da comissão de licitação, havendo concordância com as análises do BNDES sobre o atendimento das exigências previstas para a proposta econômica, a habilitação e demais exigências normativas.

24. Passo adiante à análise do edital de licitação da Lotex e da Minuta do Contrato a ser assinado pelo Poder Concedente com o vencedor da licitação, o Consórcio Estrela Instantânea. O Quadro 3 dispõe de *checklist* sobre as exigências da Lei nº 8.987/1995 (Lei das Concessões e Permissões de serviços públicos) e a respectiva previsão no normativo, identificada em itens do edital de licitação da Lotex (peça 124, p. 1-103). Tal avaliação permitirá verificar o cumprimento das exigências legais com a verificação da devida inserção dos dispositivos previstos no edital.

Quadro 3 – Checklist do edital da licitação da Lotex

Critérios da Lei 8.987/1995, arts. 18 e 18-A	Atende?	Item (Previsão no edital)
I - o objeto, metas e prazo da concessão;	sim	Parte III - Item 1.
II - a descrição das condições necessárias à prestação adequada do serviço;	sim	Cláusula 7ª, Anexo 5 (qualificação técnica, atestados de experiência).
III - os prazos para recebimento das propostas, julgamento da licitação e	sim	Preâmbulo, Item 11.1, Item 12.1, Item 15 (Homologação, Adjudicação e Assinatura do Contrato).

assinatura do contrato;		
IV - prazo, local e horário em que serão fornecidos, aos interessados, os dados, estudos e projetos necessários à elaboração dos orçamentos e apresentação das propostas;	sim	Parte IV - Item 2.
V - os critérios e a relação dos documentos exigidos para a aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica e fiscal;	sim	Itens 5, 6, 8, 10 e 13 e Anexo 5 a 13.
VI - as possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados;	sim	Parte II, item XLVI " <i>quaisquer receitas complementares, acessórias ou alternativas ao Preço da Aposta Física ou da Aposta Virtual, decorrentes da exploração da LOTEX e de projetos associados</i> ". Cláusula 18 do contrato: A proposta de exploração de Receitas Extraordinárias deverá ser apresentada pela Concessionária ao Poder Concedente, acompanhada de (...) 18.4 O lucro advindo de Receita Extraordinária (...), e (iii) 30% (trinta por cento) será revertido ao Poder Concedente.
VII - os direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade da prestação do serviço;	sim	Item 5.6, subitem VIII. Obrigações para consórcios com estrangeiros e brasileiros. Item 15.12 obrigação de reportar fatores supervenientes que prejudiquem a habilitação. Anexo 3 – obrigações decorrentes da “carta de fiança”. Minuta do contrato: cláusula 8ª da garantia do fiel cumprimento das obrigações contratuais durante todo prazo da concessão. Cláusula 9ª das Obrigações das Partes, Cláusula 9.1 obrigações da concessionária. Cláusula 10ª Direitos e Obrigações dos apostadores (alguns desses direitos são obrigações da concessionária e algumas obrigações são direitos da concessionária). Cláusula 12.6 obriga a concessionária a reparar os danos por ela causados por motivo de incorreções e vícios no prazo estabelecido pela Secap. Cláusula 19.3 define infrações e respectivas penalidades, para manter o serviço adequadamente. Anexo 1 – Caderno de Encargos.
VIII - os critérios de reajuste e revisão da tarifa;	N/A	Não aplicável, mas a Cláusula 14 da minuta do contrato prevê a liberdade para a concessionária estabelecer o preço, sem necessidade de reajustes periódicos no valor.
IX - os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros a serem utilizados no julgamento técnico e econômico-financeiro da proposta;	sim	Parte I – Preâmbulo: "O critério de julgamento do Leilão será o de maior oferta de pagamento da Parcela Inicial pelo Ônus da Outorga ao Poder Concedente, com inversão da fase de habilitação, consoante artigo 15, inciso II, e artigo 18-A, ambos da Lei Federal nº 8.987, 13 de fevereiro de 1995".
X - a indicação dos bens reversíveis;	sim	Cláusula 5ª da minuta do contrato especifica que não há qualquer bem reversível.
XI - as características dos bens reversíveis e as condições em que estes serão postos à disposição, nos casos em que houver sido extinta a	N/A	Cláusula 5ª da minuta do contrato especifica que não há qualquer bem reversível.

concessão anterior;		
XII - a expressa indicação do responsável pelo ônus das desapropriações necessárias à execução do serviço ou da obra pública, ou para a instituição de servidão administrativa;	N/A	Não aplicável, pois não haverá desapropriação.
XIII - as condições de liderança da empresa responsável, na hipótese em que for permitida a participação de empresas em consórcio;	sim	Itens 5.6, 6.1, 8.1, Volume 3, Anexo 5 (Itens 12 e 18).
XIV - nos casos de concessão, a minuta do respectivo contrato, que conterá as cláusulas essenciais referidas no art. 23 desta Lei, quando aplicáveis;	sim	Anexo 18 (disponibilizado separadamente).
XV - nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico (...);	N/A	Não aplicável, não há projeto básico.
XVI - nos casos de permissão, os termos do contrato de adesão a ser firmado.	N/A	Não aplicável.
Art. 18-A. O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que:	sim	Preâmbulo e Itens 12 e 13.
I - encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;	sim	Itens 12 e 13.
II - verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor;	sim	Parte II – Definições, Itens 9, 12, 13.2 e 13.3.
III - inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em segundo lugar, e assim sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital;	sim	Item 13.3.

IV - proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas.	sim	Item 15.
---	-----	----------

25. Como visto, o Quadro 4 apresenta um *checklist* sobre as exigências da Lei nº 8.987/1995 (Lei das Concessões e Permissões de serviços públicos) e a respectiva previsão do normativo identificada em itens da Minuta do Contrato da Lotex (peça 124, p. 104-171). Esse exame permitirá verificar o cumprimento das exigências legais com a devida inserção dos dispositivos previstos na Minuta do Contrato.

Quadro 4 – *Checklist* da Minuta do Contrato de Concessão da Lotex

Crítérios da Lei 8987/1995, (art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas):	Atende?	Item (Previsão na Minuta do Contrato de Concessão)
I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão;	sim	Cláusulas 2ª e 3ª.
II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço;	sim	Cláusulas 7ª, 8ª, Anexos 1 e 2.
III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;	sim	Cláusula 7ª e Anexo 2.
IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;	sim	Item 14 dispõe sobre Reajustes do Preço e permite a livre fixação do preço sem necessidade de ajustes periódicos.
V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às necessidades de futura alteração e expansão do serviço e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;	sim	Cláusulas 9, 11, 17, 32, Subcláusula 35.2, Anexo 1.
VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço;	sim	Cláusula 10, direitos e deveres dos apostadores.
VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la;	sim	Cláusula 12, Anexo 1, item 12.
VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação;	sim	Cláusula 19.
IX - aos casos de extinção da concessão;	sim	Cláusulas 26, 27, 28, 29, 30, 31.
X - aos bens reversíveis;	sim	Cláusula 5ª informa não haver qualquer bem reversível.
XI - aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso;	sim	Cláusula 27 - Advento do Termo Contratual; Subcláusulas 28.2, 28.3 e 28.4; 29.7; 30.3; 31.2.
XII - às condições para prorrogação do contrato;	sim	Cláusula 3.4.
XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente;	sim	Cláusulas 11 e 12; Anexo 1.
XIV - à exigência da publicação de	cumprido	Subcláusulas 9.1.10, 11.1.6, 11.1.7, 11.3; Anexo

demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e		1.
XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.	cumprido	Cláusula 34; Subcláusula 35.4, 35.5 e 35.6.
Parágrafo único. Os contratos relativos à concessão de serviço público precedido da execução de obra pública deverão, adicionalmente:	N/A	Não haverá obra pública.
I - estipular os cronogramas físico-financeiros de execução das obras vinculadas à concessão; e	N/A	Não haverá obra pública.
II - exigir garantia do fiel cumprimento, pela concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão.	N/A	Não haverá obra pública.

26. Verificada a adequação das questões relativas ao art. 23 da Lei 8.987/1995, sobre as exigências das cláusulas essenciais em contratos de concessão, cabe tecer algumas considerações sobre a ocorrência de eventos não previstos contratualmente. A cláusula 15 da Minuta do Contrato prevê a forma da alocação dos riscos da concessão.

27. Há previsão contratual já na primeira subcláusula 15.1 (peça 124 p. 131-132) de todos os riscos relacionados com a concessão serem exclusivamente de responsabilidade da concessionária, à exceção do previsto na subcláusula 15.2 (peça 124, p. 132-134), sendo, portanto, *numerus clausus* os riscos passíveis de serem atribuídos ao Poder Concedente.

28. São atribuídos ao Estado riscos de descumprimentos contratuais ou regulamentares por ele praticados, casos fortuitos ou força maior não passíveis de seguro, aumento do Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza – ISS superior a 5%, bem como aumento ou criação de tributos e encargos que impactem no equilíbrio econômico-financeiro, excetuando-se o Imposto sobre a Renda (IR), conforme subcláusula 15.2.4.

29. Apesar de não incluir o IR na referida subcláusula, caso incida alteração do IR nos prêmios, é passível de atribuir a responsabilidade ao Poder Concedente caso esse imposto impacte nos valores repassados pela premiação dos jogos (subcláusula 15.2.5).

30. Há também responsabilidade do Poder Público para interpretações da receita estadual ou federal que impactem na receita arrecadada prevista (subcláusulas 15.2.6 e 15.2.7), além da criação de novas loterias instantâneas federais ou estaduais que concorram com a Lotex (subcláusula 15.2.8).

31. Existem outros riscos atribuídos ao Poder Concedente (subcláusulas 15.2.9 a 15.2.15), que tratam, em suma, de questões provocadas por ele próprio, seja por alterações normativas, seja por ações sobre a execução das atividades da concessão, como ocorre com o Fato do Príncipe e Fato da Administração, amplamente conhecidos e aceitos como de responsabilidade do Estado. É importante consignar o fato de os riscos do negócio, incluídos os riscos operacionais e de não atingimento das projeções de receitas, são exclusivos do concessionário, conforme subcláusula 15.1 e demais subitens.

32. Verifica-se na Minuta do Contrato, ademais, a responsabilidade do concessionário sobre a condução e os riscos do negócio, ressalvados os casos em que os eventos imprevistos foram expressamente alocados à União, expostos na subcláusula 15.2, os quais, em regra, representam situações que impactem de forma relevante nas receitas os nos custos do concessionário, dando azo ao reequilíbrio econômico financeiro, de forma extraordinária, restando todos demais riscos ao concessionário (subcláusula 15.1). Reforçando que os demais riscos não atribuídos expressamente à União serão de responsabilidade do concessionário.

33. Sobre a avaliação desses riscos, entende-se que houve uma abordagem de grande parte dos riscos passíveis de serem previstos, conforme disposto na Minuta do Contrato, especialmente na cláusula 15 e seus subitens, com exceção dos riscos afetos a eventuais impactos regulatórios da

Secap e dos normativos a serem produzidos por essa Secretaria assuntos que serão tratados a seguir em tópico próprio.

Análises demandadas pelo Ministro-Relator Aroldo Cedraz

34. Além das análises do 2º e 3º estágios da concessão exigidas nos termos da IN-TCU 27/1998, serão avaliadas questões relevantes sobre o objeto dessa concessão trazidas pelo Ministro-Relator Aroldo Cedraz no seu Voto condutor do Acórdão nº 514/2018-TCU-Plenário, quando da análise do primeiro estágio dessa concessão.

35. Excerto do referido Voto é transcrito para maior clareza (sem grifos no original):

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 comezinho em concessões de serviço público.

36. Em conclusão do Voto, ao se manifestar sobre as recomendações propostas nas análises da primeira fase, o Ministro-Relator assim deliberou:

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.

37. O dispositivo trata da seguinte recomendação:

“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).

38. Diante da manifestação do eminente Relator, que considerou quase a totalidade das recomendações superadas, exceto a recomendação 22.11 acima, que fora mantida no referido Voto. Por tratar da questão regulatória, esse assunto será examinado em conjunto em tópico próprio sobre as atividades regulatórias de competência do Poder Concedente. Um dos tópicos tratará da regulação *latu sensu* e o outro tópico sobre questões relativas ao combate à lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo, matérias importantes e que merecem atenção na prestação do serviço a ser concedido, que fará sorteios constantes de numerário, inclusive com prêmios de elevada monta e que devem ser devidamente regulados para evitar a sua má utilização.

39.No âmbito do Poder Executivo, a regulação do serviço público da Lotex deverá ser realizada pelo Ministério da Economia, que destinou essa atividade a sua Secretaria de Avaliação de Políticas Públicas, Planejamento, Energia e Loteria (Secap).

Regulação do serviço da Lotex

40.Como dito, este tópico tratará de dois pontos importantes da regulação da Lotex e, também, verificará as principais atividades realizadas e a serem realizadas pelo Poder Concedente para garantir o adequado funcionamento desse serviço a ser concedido ao consórcio vencedor da licitação: consórcio Estrela Instantânea. Carvalho Filho⁵ (2019, p. 396-397) ao tratar da concessão de serviço público, expõe:

Pelos contornos do instituto, trata-se de um serviço público que, por beneficiar a coletividade, deveria incumbir ao Estado. Este, porém, decide transferir a execução para particulares, evidentemente sob sua fiscalização. Como o serviço vai ser prestado para os membros da coletividade, a estes caberá o ônus de remunerá-lo em prol do executor.

41.Conforme o renomado autor expõe, o serviço concedido pelo Poder Público ao particular deverá ser fiscalizado, sendo a regulação a maneira definida para o caso em análise, que será discorrida em detalhes a seguir.

a) Regulação *latu sensu*

42.Como é declarado pelo Governo Federal⁶ e pelos demais representantes do setor público, o atual Governo tem como prioridade a política de acelerar as desestatizações (*fast-track*), seja com a venda dos ativos (privatizações), seja por meio de concessões e outros mecanismos para entregar a execução de serviços públicos não exclusivos à iniciativa privada (a meta do Governo Federal para o ano de 2020 é de arrecadar R\$ 150 bilhões somente com a venda de 300 ativos, incluindo empresas controladas, subsidiárias, coligadas e participações simples). Entende o governo que a elevada restrição orçamentária e financeira do setor público torna essencial a participação dos agentes privados para uma melhor prestação dos serviços públicos. O TCU tem acompanhado continuamente esse processo desde as primeiras ações adotadas pelo governo para a realização dessas desestatizações⁷.

43.Nessa linha, a redução do Estado como provedor desses serviços demanda uma efetiva regulação, de modo a assegurar tanto a adequação dos serviços prestados quanto o atingimento do interesse público. Por consequência, sobressai a importância da regulação desses serviços prestados por instituições privadas, que, no caso em análise, trata-se da concessão da Lotex.

44.Tendo em vista a pluralidade de conceitos e definições encontradas para o vocábulo regulação, cabe mais bem contorná-lo para o alinhamento de entendimentos no âmbito desse trabalho. Segundo Aranha (2013, p. 72)⁸:

A regulação, portanto, enquanto regime jurídico regulatório, apresenta-se como um conjunto de disposições normativas e administrativas caracterizadas por seu caráter conjuntural de influência ou controle sobre o ambiente regulado mediante batimento entre resultados esperados e resultados efetivamente alcançados. O mecanismo regulador presente na origem terminológica da regulação apresenta-se como um diferencial do regime jurídico regulatório, revelando-o como um conjunto de atuações normativas e administrativas capazes de interagir *pari passu* com os rumos efetivamente detectados no

⁵ CARVALHO FILHO, J. S. Manual de Direito Administrativo. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2019

⁶ Meta de privatizações do Governo Federal para o ano de 2020 disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/2020/01/meta-de-privatizacoes-para-2020-e-de-r-150-bilhoes>>. Acesso em 2/2/2020.

⁷ Cronograma dos projetos de desestatizações disponível em: <<https://www.ppi.gov.br/cronograma-dos-projetos>>. Acesso em 2/2/2020.

⁸ ARANHA, M. I. Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório. Scotts Valley, CA: CreateSpace, 2013.

ambiente regulado para redirecioná-lo aos deveres normativos de concretização dos direitos fundamentais.

45. Sobre as prerrogativas inerentes à atividade regulatória, Oliveira⁹ (2015, p.137) considera três: “a) a edição de normas; b) a implementação concreta das normas; e c) fiscalização do cumprimento das normas e punição das infrações.”

46. A partir dos conceitos expostos, depreende-se que há uma supremacia que possibilita o controle do Poder Público sobre o agente privado, responsável por executar determinado serviço em seu nome (concessionário). Essa regulação está diretamente relacionada com ações para assegurar que, no caso da Lotex, o concessionário preste um serviço adequado nos termos da Lei nº 8.987/1998 (Lei de concessões e permissões de serviços públicos), conforme o § 1º, do seu artigo 6º: “**§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas**”.

47. Dessa sorte, a bússola orientadora do Poder Público ao regular as atividades da Loteria Instantânea Exclusiva é o art. 6º da Lei 8987/1998, que deve também ser seguido pelo consórcio Estrela Instantânea e, dessa maneira, atender ao interesse público, o qual deve ser buscado em toda prestação de serviço público. Portanto, para uma adequada regulação da Lotex, há a **necessidade de se estabelecerem normativos que regulem as atividades do concessionário, inclusive com sanções, caso necessário, além dos aspectos já considerados no edital e na Minuta do Contrato** (peça 124). Vale dizer que não cabe ao TCU a regulação desses serviços, pois sua atuação se concretiza por uma fiscalização em segunda ordem, conforme jurisprudência do próprio Tribunal.

48. Nesse sentido, transcreve-se trecho do Acórdão que tratou ainda no ano de 2004 do tema, de relatoria do eminente Min Benjamin Zymler, Acórdão 1703/2004-Plenário (sem grifos no original):

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

26. **O TCU deve atuar de forma complementar à ação das entidades reguladoras no que concerne ao acompanhamento da outorga e da execução contratual dos serviços concedidos.** Afinal, o fato de o Poder Concedente deter competência originária para fiscalizar a atuação das concessionárias não impede a atuação cooperativa e suplementar do TCU, que pode, assim, fiscalizar a prestação dos serviços públicos delegados. Por outro lado, a Corte de Contas não pode substituir o órgão regulador, sob pena de atuar de forma contrária à Constituição Federal. Nesse sentido, cumpre reiterar que a fiscalização do Tribunal deve ser sempre de segunda ordem, sendo seu objeto a atuação das agências reguladoras como agentes estabilizadores e mediadores do jogo regulatório. Logo, essa fiscalização não deve versar sobre o jogo regulatório em si mesmo considerado.

49. Na mesma linha e mais recente, o Acórdão 1166/2019-Plenário, de relatoria do eminente Min. Augusto Nardes, detalhou esse assunto, inclusive delineando a possibilidade da atuação do TCU, conforme excerto do Relatório do Acórdão (sem grifos no original):

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

(...)

⁹ OLIVEIRA, R. C. R. Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

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

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

50. Verifica-se que a atuação do Tribunal em relação à atividade regulatória do Estado é de segunda ordem, não impedindo, entretanto, a expedição de Recomendações e até Determinações em caso de eventuais não conformidades constatadas, sendo parte dessa justificativa a violação de princípios da Administração Pública, dentre os quais, o princípio da modicidade tarifária e o princípio da economicidade.

51. Por fim, vale fazer uma breve contextualização do cenário regulatório internacional, especialmente nos Estados Unidos e na Europa, onde há uma busca por uma *better regulation*, que pode ser definida como medidas para que a regulação por meio de políticas e leis alcancem seus objetivos com o menor custo. Isso em resposta ao que inicialmente resultou em um excesso regulatório (asfixia regulatória), que gerava, inclusive, demandas judiciais morosas e ineficientes. Posteriormente, o excesso regulatório foi substituído por uma desregulamentação, também ineficiente e permissiva, gerando problemas na prestação e no controle dos serviços.

52. Chegou-se então a um ponto de equilíbrio (*better regulation*), onde “são ressaltados o rompimento com técnicas rígidas de regulação, geralmente baseadas no comando e controle, e a utilização de intervenção regulatória nos casos em que for necessária a intervenção e na medida em que for necessária”¹⁰ (ARAGÃO et al, 2018, p. 28). Essa é uma importante responsabilidade do TCU, que pode, como dito, agir com Recomendações e Determinações para assegurar uma adequada regulação do Poder Concedente sobre o serviço público prestado pelas concessionárias, a depender da necessidade e da relevância de cada caso.

53. No caso específico da Lotex, por ainda estarem pendentes a elaboração de algumas normas fundamentais para a prestação do serviço a ser concedido a um ente privado – conforme será verificado a seguir –, existe um limbo regulatório cuja consequência mediata poderá ser a insegurança jurídica no contrato de concessão, com risco de impactos na modicidade tarifária – e a própria continuidade do objeto de concessão –, demandando uma adequada avaliação dos riscos regulatórios previamente à implementação dos normativos.

54. Superada a questão da atuação do Tribunal no âmbito das atividades de regulação do Poder Público, dê-se continuidade às análises sobre a regulação dessa novel atividade que é a Loteria Instantânea Exclusiva a ser prestada sob a responsabilidade de um consórcio privado (Consórcio Estrela Instantânea).

55. Para tratar dessa questão regulatória e verificar a suficiência e adequação de eventuais normativos existentes elaborados pelo Ministério da Economia, foram empreendidas diligências à então Sefel, atual Secap e, também, reuniões entre auditores da SecexFinanças e membros da Secap, do Ministério da Economia (peças 152, 154, 157, 158 e 159) e do COAF. Vale ressaltar que a verificação da estruturação do Poder Concedente para realizar a regulação da Lotex vem ocorrendo concomitantemente às análises dos demais estágios IN-TCU 27/1998.

56. Uma das demandas foi endereçada à então Sefel para enviar informações sobre as suas atividades e estrutura, de modo a conhecer melhor sua capacidade de atuação. A partir de esclarecimentos de membros da Sefel e apresentações de sua estrutura e organização (peça 114), foi possível obter subsídios da efetiva estruturação normativa e de pessoal existente. A

¹⁰ ARAGÃO, A. S.; PEREIRA, A. C. M.; LISBOA, L. L. A (coords.). Regulação e Infraestrutura. As novas perspectivas da regulação e o judiciário brasileiro (p. 21-50). Belo Horizonte: Fórum, 2018

apresentação realizada por aquela Secretaria tratou dos seguintes assuntos: regulação de loterias no Brasil; força de trabalho da Secretaria; normas de regulação; concessão da Lotex; e ações planejadas.

57. Naquela oportunidade, foi informado que havia dezenove servidores lotados no âmbito da Sefel, com diversas qualificações como: experiência em autorização, normatização e fiscalização das Loterias Federais – inclusive processos de certificação; experiência na autorização de planos e fiscalização da cadeia produtiva da antiga loteria instantânea explorada pela CEF; acesso e uso dos sistemas informatizados da operação de loterias na CEF; servidores com assento no Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), *World Lottery Association Security and Risk Management Committee* (WLA SRMC) e *International Association of Gaming Regulators* (IAGR); além da capacitação frequente dos servidores em eventos de loterias nacionais e internacionais.

58. Outro aspecto abordado foi sobre as ações planejadas para realizar essa regulação, mais especificamente os atos normativos que serão expedidos. Foi informado que optaram por construir esse arcabouço regulatório em conjunto com o futuro concessionário, por razões técnicas e de funcionalidade dos sistemas que serão desenvolvidos pelo prestador do serviço.

59. Os assuntos já indicados para serem tratados em novos normativos para delinear as atividades do concessionário da Lotex foram: informações gerenciais e prestação de contas, a exemplo da Portaria SEAE nº 94/2014 (peça 155) que regulamenta a prestação de contas da atividade lotérica exercida pela Caixa Econômica Federal (CEF) e que seria adaptada para a situação da Lotex; normativo para a prevenção à Lavagem de Dinheiro, servindo de parâmetro a Portaria MF nº 537/2013 (peça 156), que estabelece procedimentos a serem adotados por sociedades que distribuam dinheiro ou bens mediante exploração de loterias.

60. Em epílogo, expuseram ainda que outras Portarias serão editadas “quando houver plena visibilidade e viabilidade de integração de soluções tecnológicas de conectividade, de indexação de informações e de conteúdo das bases de dados operacionais, por parte do futuro concessionário – a exemplo do que ocorre com a CEF”. Isso tudo porque justificam a maior efetividade das normas e até mesmo a viabilidade de sua criação apenas após a interação com o concessionário, de modo a conhecer sua estrutura, organização, sistemas e demais particularidades que não são passíveis de determinar previamente a essa instalação inicial.

61. Um ponto a ser destacado no Contrato de Concessão da Lotex é a exigência da implementação de um programa de integridade por parte do concessionário (peça 124, p. 114), que comunicou em reunião já ter iniciado a elaboração desse programa. Inclusive, tal exigência é condicionante para o início da venda dos bilhetes, devendo ser previamente aprovada pelo Poder Público, por expressa previsão contratual (sem grifos no original):

3.3 Constituem condicionantes para o início da comercialização das Apostas Físicas e/ou das Apostas Virtuais da LOTEX (i) **a elaboração, por parte da Concessionária, do Programa de Integridade, bem assim a sua aprovação pelo Poder Concedente**; e, também, (ii) a contratação do seguro de que trata a cláusula 33, deste Contrato.

62. O Programa de Integridade é necessário para proporcionar uma melhor governança e uma garantia de aderência do consórcio aos normativos que ele está obrigado a cumprir – inclusive os relacionados à lavagem de dinheiro. Estudos de consultorias especializadas apontam que um dos maiores desafios para as empresas é conseguir cumprir todas as obrigações legais e regulatórias a que estão sujeitas. A complexidade dessas exigências acaba potencializando os riscos regulatórios, enquanto a existência do programa de integridade no consórcio Estrela Instantânea – a ser necessariamente encaminhado ao regulador – irá contribuir para mitigar tais riscos.

63. A seguir, apresentam-se trechos da diligência à Secap sobre o funcionamento da Secretaria e a formatação da regulação da Lotex. Para maior entendimento do assunto, vale a leitura de todo o documento, cujo excerto é destacado a seguir (Peça 157, p 1- 9):

1- No entendimento da SECAP a União já está totalmente estruturada (recursos humanos, tecnológicos, normativos e know-how) para fiscalizar a concessão do serviço público da

Lotex? Detalhar o que ainda precisa ser realizado e o que já é considerado adequado;

Entendemos que a atual estrutura se mostra como adequada para autorização, fiscalização e regulação do serviço público de Loteria Instantânea Exclusiva (LOTEX), uma vez que em paralelo ao processo de concessão houve a revisão da estrutura organizacional da área. Assim, o Ministério da Economia, como responsável pela coordenação e pelo monitoramento dos procedimentos e das etapas do processo de concessão, como prevê o Decreto Federal nº 9.155, de 11 de setembro de 2017, identificou as atividades internas que poderão oferecer ganho de escala quando da operação da LOTEX. Tais atividades são: ações de fiscalização, autorização, multa, análise de dados e análise de processos administrativos de atividades de prêmios e sorteios no Brasil, que abrangem não apenas as Loterias Federais (operadas pela Caixa Econômica Federal) e as Loterias Estaduais (operadas por autarquias estaduais), mas também por empresas privadas nas ações de distribuição gratuita de prêmios a título de propaganda. Para a condução desses processos e a estruturação para a operação da LOTEX, quase a totalidade dos servidores da área passaram por capacitação em eventos, nacionais e internacionais, de loterias, nos últimos três anos, de modo a estarem atualizados e treinados para a regulação de atividades inerentes a operação de loterias.

Quanto aos recursos tecnológicos, a área passou por um processo de interligação tecnológica com o operador da Loteria Federal, o que permite que todos os sistemas em produção daquele operador sejam acessados por este regulador. Tal esforço serviu como base para o que está sendo buscado na conectividade com os sistemas do concessionário da LOTEX, bem como o acesso as diferentes bases de dados que deverão ser disponibilizadas ao Poder Concedente, por força do contrato de concessão, conforme demandado por esta área, no momento da modelagem da concessão em referência.

Cabe destacar que, em termos de know-how, a área conta com servidores com experiência na aprovação e homologação de planos de premiação e na fiscalização do parque gráfico produtivo, sistemas, segurança e integridade de loterias instantâneas, quando essa modalidade lotérica foi operada no país, até o início da década de 2010. Tais servidores já foram responsáveis por visitas técnicas de grandes plantas de impressão de loterias instantâneas em locais como Chile e Estados Unidos, além de terem participado ativamente de verificações técnicas como de grau de opacidade da massa raspável de loterias instantâneas e processos de substituição e reimpressão de grandes lotes dessa modalidade de loteria no país.

Complementarmente, a despeito do que já ocorre atualmente, cabe ressaltar que a área de regulação de loterias do Ministério da Economia também se valerá das áreas internas relacionadas à execução do contrato de concessão, como a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, no assessoramento jurídico, da Secretaria de Gestão Corporativa, na gestão operacional do contrato, e da área de Ouvidoria, no relacionamento com apostadores.

Por fim, de maneira a normatizar a regulação da operação da LOTEX, já estão mapeados os atos normativos que serão expedidos pelo Poder Concedente e que serão construídos de forma articulada com o futuro concessionário, que tratarão do acesso, repasse e acompanhamento das informações operacionais da concessão, a exemplo da Portaria SEAE Nº 94, de 07 de outubro de 2014, anexa, e também dos aspectos de Prevenção à Lavagem de Dinheiro, a exemplo da Portaria MF Nº 537, de 05 de novembro de 2013, anexa – instrumentos esses que serão editados quando tivermos a plena visibilidade de soluções tecnológicas de conectividade, de indexação de informações e de conteúdo das bases de dados operacionais, por parte do futuro concessionário.

2- Quais as diferenças da atuação do Ministério da Economia na regulação e fiscalização a ser realizada no serviço da Lotex, considerando a nova situação de prestação do serviço, que será executado por empresa privada?

Do ponto de vista teórico, as quatro modalidades lotéricas mundialmente existentes (sorteio de números, passiva, prognósticos esportivos e instantânea) possuem as mesmas

características, no sentido que todos os apostadores conhecem a probabilidade de ganho a priori e que esses apostadores não influenciam o resultado da loteria. Partindo-se desse pressuposto, essencialmente as linhas de regulação e fiscalização são muito similares. **Contudo, diante do arcabouço legal existente e as práticas operacionais para a modalidade de loteria instantânea, os requisitos de segurança, integridade, prevenção a fraudes e de compliance carecem ser muito mais robustos, o que exigirá elementos de regulação e de fiscalização muito mais efetivos e de caráter técnico, que exigiram a construção de elementos regulatórios e previsão de fiscalização/penalidades muito mais efetivos do que na operação das Loterias Federais, por parte da empresa pública atualmente responsável por essa operação (CEF). Tais elementos regulatórios e previsão de fiscalização/penalidades foram em sua totalidade expressos no decreto federal de regulamentação da modalidade e no contrato de concessão, os quais, em conjuntos, já preveem a atuação desta secretaria na fiscalização, regulamentação infra-legal e enforcement que consideram um ambiente operacional com maior grau de inovação, modernidade e uso de novas tecnologias da informação do que nas modalidades de loteria tradicionais.**

3- Para a SECAP, quais são os principais riscos regulatórios do setor de loterias instantâneas no Brasil? Quais riscos são acrescidos pelo fato do serviço não ser prestado pelo Estado e passar à iniciativa privada?

Riscos identificados, com uma regulação não alinhada as práticas de operação mundial, sem espaço para inovação e modernização e insuficiente tempo para os operadores amortizarem os investimentos. Considerando os maiores e melhores mercados internacionais, o que se verifica é que essa modalidade de loteria responde por quase 25% do faturamento, sendo a segunda modalidade em vendas e que demanda intensivo ciclo de inovação e modernização no portfólio de produtos ofertados e também nos canais de comercialização. Nesse sentido, entendemos que a presença, e não a ausência, de ente estatal na operação acresceria risco na operação, uma vez que o que se verifica na atual operação das Loterias Federais é um baixo nível de inovação e modernização, além de baixa eficiência operacional (96ª posição na comercialização de loterias per capita no mundo), sem que o regulador tenha a possibilidade de aplicações de penalidades objetivas como permitirá o contrato de concessão da LOTEX.

(...)

11- Apresentar a estrutura e funcionamento do Ministério da Economia de modo a demonstrar a capacidade técnica e operacional para regular e fiscalizar o serviço de Loteria Instantânea Exclusiva (Lotex), a ser explorado por entidade privada, Consórcio Estrela Instantânea, formado pelas empresas Scientific Games Italy Investments S.R.L.

(...)

Por fim, ressaltamos que essa estrutura atualmente contempla 23 (vinte e três) servidores públicos, tendo sido recentemente reforçada com os servidores cedidos da Universidade Federal de Alagoas (UFAL) e da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), além de remanejamentos internos do Ministério da Economia. **Assim, reiteramos o posicionamento de que a regulação, regulamentação e fiscalização da LOTEX não constitui atividade estranha nem sobrecarga nas atividades laborais dos servidores que compõem o quadro funcional desta secretaria, de modo que a estrutura hoje existente no Ministério da Economia é adequada para o exercício das competências regulatórias afetas a essa modalidade lotérica.**

64. Finalmente, sobre os aspectos regulatórios que se assemelham aos necessários à regulação da Lotex, a Secap ponderou que os demais itens atinentes a sua regulação, como a análise dos planos de distribuição, homologação das séries, fiscalização da integridade da operação e acompanhamento da performance do produto são idênticos ou similares aos existentes nas outras três modalidades de loterias que eles já regulam rotineiramente, sendo menos complexos e passíveis de atuação mais célere. Destacaram que para a Secap (Peça 157, p. 9):

A LOTEX não constitui atividade estranha nem sobrecarga nas atividades laborais dos servidores que compõem o quadro funcional da Cogps/Sufil/Sefel/MF, de modo que a estrutura hoje existente no MF é adequada para o exercício das competências regulatórias afetas a essa nova modalidade lotérica.

65. Em conclusão sobre as informações transcritas da peça 157, pode-se sintetizar que a Secap:

1- considera estar devidamente preparada para a regulação da Lotex, indicando possuir recursos humanos, tecnológicos e *know how* para desenvolver suas atividades;

2- apesar de entender que **“os requisitos de segurança, integridade, prevenção a fraudes e de compliance carecem ser muito mais robustos, o que exigirá elementos de regulação e de fiscalização muito mais efetivos e de caráter técnico,”** e que exigirão **“a construção de elementos regulatórios e previsão de fiscalização/penalidades muito mais efetivos do que na operação das Loterias Federais”**, considera suficiente o arcabouço normativo existente no Decreto federal de regulamentação da Lotex (Decreto nº 9.327, de 03 de abril de 2018) e no contrato de concessão, pois entende que já preveem a atuação da Secap na fiscalização, regulamentação e *enforcement* necessários.

3- entende que os riscos de baixa inovação e modernização seriam maiores com a exploração do serviço por um agente público do que por um agente privado, justificado pelo baixo nível de inovação e modernização atualmente existentes nas Loterias Federais, alegando que o setor privado será mais efetivo em inovar e modernizar sua estrutura para prestação do serviço.

66. Não obstante as informações apresentadas pelo Ministério da Economia/Secap sobre a questão regulatória, as quais demonstram que se declaram aptos e em condições de cumprir esse *mister*, foram realizadas outras ações pela equipe técnica da SecexFinanças com vistas a obter mais subsídios sobre esse assunto e, também, empreenderam-se questionamentos específicos acerca do Voto do Acórdão 514/2018-TCU-Plenário, sobre os pontos levantados pelo eminente Ministro Aroldo Cedraz, pertinentes a essa regulação. Releva a necessidade desse assunto ser bem delineado o fato dessa regulação poder servir como modelo para eventuais novas modalidades de jogos passíveis de serem liberados no país.

67. Sobre a diligência complementar direcionada ao Ministério da Economia (peça 158), destacamos as informações:

(...)

a) O ato justificativo de concessão da LOTEX, como registra o Despacho da Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria, do Ministério da Fazenda, de 21 de março de 2018, anexo, dá a devida diretriz de regulação dos serviços de loteria instantânea, em especial no item abaixo reproduzido, que, por sua vez, encontra-se desdobrado nos termos do Edital e do Contrato de Concessão.

“9. Por fim, explicitado e justificado o objeto da concessão pública, qual seja, a Concessão do Serviço Público Loteria Instantânea Exclusiva (Lotex), resta enfatizar que os serviços deverão ser prestados de forma que sejam satisfeitas as condições de regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade e cortesia no trato com o público consumidor do produto lotérico, mantida, sempre, a atribuição do Ministério da Fazenda para regular, supervisionar, fiscalizar e aplicar penalidades, exercendo-se, de forma diligente, o poder de polícia detido pelo órgão.”

b) Tal diretriz foi efetivamente aplicada nos termos do Edital e do Contrato de Concessão da LOTEX, em especial naqueles pontos que tratam da prerrogativa do poder concedente (i) fiscalizar o concessionário a qualquer tempo; (ii) solicitar dados e informações sobre a operação da loteria instantânea e sobre o fiel cumprimento do Contrato de Concessão; (iii) exigir do concessionário as certificações da Norma de Controle de Segurança da Associação Mundial de Loterias (World Lottery Association Security Control Standard – WLA SCS), para as melhores práticas de segurança da informação, continuidade de negócio e integridade da operação, e de Jogo Responsável da Associação Mundial de Loterias (World Lottery Association Responsible Gaming Framework), para as melhores

práticas de prevenção ao Transtorno do Jogo ou Jogo Patológico (comumente conhecido como vício em jogo) e proteção do público apostador.

(...)

e) Por fim, de maneira a normatizar a regulação da operação da LOTEEX, já estão mapeados os atos normativos que serão expedidos pelo Poder Concedente e que serão construídos de forma articulada com o futuro concessionário, que tratarão do acesso, repasse e acompanhamento das informações operacionais da concessão, a exemplo da Portaria SEAE Nº 94, de 07 de outubro de 2014, anexa, e também dos aspectos de Prevenção à Lavagem de Dinheiro, a exemplo da Portaria MF Nº 537, de 05 de novembro de 2013, anexa – instrumentos esses que serão editados quando tivermos a plena visibilidade de soluções tecnológicas de conectividade, de indexação de informações e de conteúdo das bases de dados operacionais, por parte do futuro concessionário.

68. Um aspecto importante a ser tratado pela Secap é a **questão normativa, e que, como informaram, ainda não se encontra concluída**. O arcabouço regulatório está previsto para ser realizado *pari passu* com as experiências contatuais, de acordo com o desenrolar da avença. Nesse contexto, faz-se essencial a realização de uma avaliação dos riscos regulatórios por parte da Secap, de modo a permitir que sejam avaliados e tratados os principais riscos dessa nova forma de prestação do serviço de Loteria Instantânea Exclusiva por agentes privados.

69. Em outras palavras: considerando a potencial onerosidade das exigências regulatórias – cujo escopo e tamanho ainda se faz incerto –, **a ausência de regras (em regulação *stricto sensu*) pode impor riscos ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos**. A matriz de riscos contratuais não poderia prever a alocação de responsabilidades por eventos pautados em regras que sequer existem, o que pode impor uma insegurança jurídica ao acordo. Tais incertezas, em potencial, são nocivas a estabilidade necessária ao provimento harmonioso das exigências do concessionário; e a gravidade desse limbo normativo será tão grave quanto mais onerosas forem as demandas regulatórias futuras.

70. É justamente diante desse desafio regulatório, considerando a possibilidade de ocorrerem situações não previstas contratualmente e que possam impactar na adequada prestação do serviço e no equilíbrio econômico-financeiro, é que se faz importante a elaboração pelo Poder Concedente uma matriz de riscos contendo a sua alocação e medidas corretivas/preventivas. Há que se regulamentar os pontos identificados, de modo a se antecipar futuras ocorrências que possam prejudicar o bom andamento da prestação do serviço.

71. Fato é que não houve ainda lastro regulatório da fiscalização desse serviço prestado por um ente privado no país. Vale destacar que se faz salutar, como instrumento de *compliance*, que as normas se baseiem nos riscos identificados. Riscos baixos, com excessos regulatórios, geram ineficiência; riscos altos ignorados, podem impactar em uma gestão temerária. Pois esse fino equilíbrio regulatório – *better regulation* – é provido por uma visão pragmática e realista dos riscos da atividade regulada. Pois essas incertezas regulatórias só poderão ser adequadamente esquadrihadas após esse mapeamento de riscos – ainda inexistente. Tal providência há de ser empreendida pelo Poder Concedente.

72. Em primeiro passo de tal necessidade, urge **identificar e rastrear os respectivos riscos**. As lentes desse processo devem assumir a ótica da qualidade e do interesse último do usuário (conceitualmente, considerado hipossuficiente, na teoria da regulação); mas natural também que, nessa análise, se mapeiem os processos com foco nos pontos críticos de fraudes.

73. Tudo isso em conta, faz-se forçoso novamente repetir que as incertezas regulatórias existentes podem dar azo a demandas por reequilíbrio econômico-financeiro, trazendo a responsabilidade ao Estado para realizar previamente uma profícua análise dos riscos regulatórios existentes para a fiscalização da Lotex. Aumenta o senso de oportunidade da avaliação desses riscos o fato da Secap planejar elaborar normativos para a regulação do serviço da Lotex, o que resultará em maior proveito dessa análise dos riscos regulatórios na atividade de normatização.

74. Portanto, em conclusão a todo o disposto, com base nos princípios da segurança jurídica, da

modicidade tarifária, da economicidade e eficiência, entende-se necessário propor ao Tribunal para **fixar prazo ao Ministério da Economia/Secap para realizar uma avaliação dos riscos relativos à regulação a ser aplicada no serviço da Loteria Instantânea Exclusiva (Lotex)**, de modo a considerar os impactos dessa nova atividade de regulação do serviço da Lotex a ser desenvolvido por um ente privado que, no caso, será o Consórcio Estrela Instantânea.

b) Regulação com vistas ao combate à lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo

75.Sobre a regulação com vistas ao combate à lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo, a referência em âmbito mundial para o combate a esses crimes é o *Financial Action Task Force* (FATF) denominado no Brasil como Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI).

76.O GAFI foi criado em 1989 e atua para prevenir e combater a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo. Esse Órgão expediu quarenta Recomendações para auxiliar os países a promoverem a efetiva implementação de medidas legais, regulatórias e operacionais para combater a lavagem de dinheiro (LD), o financiamento do terrorismo (FT) e o financiamento da proliferação de armas de destruição em massa (FP), além de outras ameaças à integridade do sistema financeiro relacionadas a esses crimes. A adoção desses padrões abrange mais de 180 países¹¹, sendo o Brasil um dos signatários.

77.Atualmente aquela Força Tarefa atua com uma “abordagem baseada em riscos” para que todos os países combatam a lavagem de dinheiro, o financiamento ao terrorismo e o financiamento da proliferação de armas de destruição em massa. Segundo o GAFI, tal abordagem torna esse combate mais eficiente e menos oneroso para ser implementado. Nesse sentido, uma boa prática na regulação da Lotex seria aplicar os conceitos do GAFI ao que for possível, de modo a se mitigar o risco de ocorrer irregularidades na prestação do serviço e na utilização da Loteria Instantânea Exclusiva (Lotex).

78.Para fins de apoio à regulamentação da Lotex, com base nas recomendações do GAFI, a primeira das quarenta recomendações merece destaque, pois trata da “Avaliação de riscos e aplicação de uma abordagem baseada no risco”. Segundo o GAFI, essa recomendação se refere a uma abordagem baseada em riscos para garantir que as medidas de prevenção e mitigação da lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo sejam proporcionais aos riscos identificados. Vale reproduzir um trecho dessa abordagem¹² (GAFI 2012, p. 8):

A abordagem baseada no risco permite que os países, dentro das exigências do GAFI, adotem um conjunto mais flexível de medidas para direcionar mais efetivamente seus recursos e aplicar medidas preventivas que sejam proporcionais à natureza dos riscos para concentrar seus esforços da maneira mais eficiente possível.

79.Esse ponto fortalece o encaminhamento proposto ao Tribunal para Determinar que o Poder Concedente, por meio do Ministério da Economia, **realize uma avaliação dos riscos relativos à regulação a ser aplicada no serviço da Loteria Instantânea Exclusiva (Lotex)**.

80.Outro fator digno de nota e que serve de reforço para a implementação da avaliação de riscos é que o Brasil, pelo fato de ser membro do GAFI, recebe fiscalizações desse Órgão. Um dos aspectos fiscalizados é exatamente a identificação e o tratamento dos riscos de lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo. Há a possibilidade de ocorrerem sanções aos países que sejam omissos nessas ações. Para a Lotex, por representar atividade de jogos e ser passível de tais riscos, faz-se ainda mais imperativa a necessidade dessa análise.

81.Uma dessas boas práticas apontadas pelo GAFI é aplicar medidas que aumentem a transparência, com informações confiáveis e disponíveis das pessoas jurídicas (GAFI, 2012, p. 6)

¹¹ Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/prevencao-e-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-ao-financiamento-do-terrorismo/gafi>> Acesso em: 10/1/2020.

¹² PADRÕES INTERNACIONAIS DE COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO E AO FINANCIAMENTO DO TERRORISMO E DA PROLIFERAÇÃO (fev/2012). Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/arquivos/as-recomendacoes-gafi>>. Acesso em: 2/2/2020.

e suas estruturas envolvidas na atividade e, também, exigir com mais rigor informações sobre as transferências eletrônicas de recursos (GAFI, 2012, p. 107).

82.Com relação à aplicação pela Secap e, também, pelo próprio consórcio Estrela Instantânea, de medidas para prevenir e combater a lavagem de dinheiro e o financiamento ao terrorismo, faz-se necessário considerar, dentre as 40 recomendações do GAFI, as que melhor se adequem às atividades afetas à Lotex.

83.Vale destacar que “As recomendações do GAFI, portanto, estabelecem **um padrão internacional que os países devem adotar por meio de medidas adaptadas às suas circunstâncias particulares**”. Dessa maneira, há discricionariedade na aplicação dessas recomendações por cada componente, conforme os sistemas legais, administrativos, financeiros operacionais de cada país e instituição.

84.Especificamente no âmbito brasileiro, a legislação atinente ao assunto lavagem de dinheiro foi prevista na Lei 9.613, de 3 de março de 1998, que dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei e cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF.

85.Houve alteração desse normativo pela Lei 12.683, de 9 de julho de 2012, produzida “para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro”. Essa norma alterou a previsão constante nos oito incisos do art. 1º da Lei 9.613/1998, que detalhavam como seriam praticados os crimes previstos no *caput* do artigo. A partir daí, o dispositivo passou a estipular reclusão de três a dez anos e multa para quaisquer atividades: “Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.” Isso ampliou as hipóteses de incidência no referido dispositivo, deixando de ser enumerativo e facilitando o enquadramento pelo juiz.

86.Houve, ainda, outra alteração da Lei 12.683/2012, ocorrida mais recentemente pela Lei 13.974, de 7 de janeiro de 2020, a qual reestruturou o COAF e passou a vincular o Órgão ao Banco Central do Brasil. Recentemente o Órgão foi alvo de ações no Supremo Tribunal Federal (STF) em razão de suas atividades de compartilhamento de dados. Na ocasião o STF definiu como poderia ser realizado o compartilhamento de informações geradas pelo COAF.

87.O Conselho representa no Brasil o equivalente às Unidades de Inteligência Financeira (UIFs) que são órgãos públicos com a função de recolher dados, analisá-los e repassá-los às autoridades para que avaliem a existência de ilícitos como a lavagem de dinheiro e o financiamento ao terrorismo. Vale reproduzir o excerto a seguir sobre a colaboração compulsória dos países para o combate aos crimes transnacionais¹³:

Como o Estado não tem capacidade de fiscalizar todos os atos financeiros e comerciais usados para mascarar bens, diversos países — entre eles o Brasil — criaram um sistema de *colaboração compulsória*. Pelo qual profissionais e entidades que trabalham em setores mais usados por criminosos para ocultação de recursos devem notificar autoridades públicas sempre que tomarem conhecimento de operações suspeitas, como transações com altos valores em espécie ou depósitos fracionados. Assim, bancos, cartórios, seguradoras, joalheiros, leiloeiros de arte, dentre outros, tem obrigação de colaborar com o Poder Público e comunicar atos de possível ocultação de bens ilícitos.

88.Tais informações consideradas suspeitas ou em valores ou características que exijam o reporte devem ser entregues ao COAF, que as recebe, analisa e repassa aos órgãos competentes em âmbito nacional e internacional.

89.Nesse contexto, se impõe a participação da Secap, pois **aquela Secretaria deverá providenciar os reportes ao COAF de situações suspeitas identificadas na prestação do serviço da Lotex**, e, também, deverá **regulamentar as situações e valores em que deverá o**

¹³ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-out-29/direito-defesa-mudanca-coaf-bc-combate-lavagem-dinheiro>>. Acesso em 2/2/2020.

concessionário reportar à Secap para que possam ser enviadas as informações ao COAF, inclusive as situações que levantem suspeitas de eventual lavagem de dinheiro ou financiamento ao terrorismo.

90. Novamente, existe um limbo normativo-regulatório acerca de quais exatamente serão as situações de risco a serem devidamente reportadas ao COAF. A atividade é nova, como novos também são os riscos de lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo.

91. Sobre as ações de prevenção à lavagem de dinheiro a serem exigidas pela Secap, segue trecho extraído de diligência a essa Secretaria sobre a regulação a ser implantada no serviço da Lotex (peça 157, p. 4-5):

6- Há mecanismos para identificar e reportar: atividades suspeitas, evasão de divisas, lavagem de dinheiro, financiamento ao terrorismo sonegação de impostos e tributos?

Quais?

Por força da legislação existente, todo mecanismo de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento ao terrorismo no setor de loterias se dá por observância da Lei 9.613, de 3 de março de 1998. Para o setor de loterias, o ente regulador e regulamentador é esta secretaria, que o faz por meio da Portaria MF Nº 537, de 05 de novembro de 2013, a qual será atualizada quando do período de setup do novo concessionário da LOTEX. Canais de comunicação hoje existente, como SISCOAF e no website da secretaria (a exemplo de <http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/formulario-para-cadastro-deloterias>) serão mantidos e deverão ser empregados pelo concessionário da LOTEX.

Os demais reportes que dizem respeito à integridade da operação deverão ser realizados ao Poder Concedente, nos termos do contrato de concessão.

(...)

9- Aplicabilidade à regulação da Lotex de práticas internacionais de combate à lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo, como as práticas da Financial Action Task Force (FATF) e da Financial Action Task Force of Latin America (GAFILAT), organizações que o Brasil é membro e outras práticas internacionais afetas ao setor?

Como anteriormente mencionado, tais práticas são definidas pela Lei 9.613, de 3 de março de 1998, sendo o ente regulador e regulamentador a Secretaria de Avaliação, Planejamento, Energia e Loteria (SECAP). Cabe mencionar que esta secretaria também integra o Plenário do então Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), atual Unidade de Inteligência Financeira (UIF), como consta em <http://www.fazenda.gov.br/estruturaorganizacao/conselho-de-controle-de-atividades-financeiras-coaf>. Assim, como já registrado, já estão previstos os desdobramentos nesse campo para o futuro concessionário da LOTEX.

92. Um ponto positivo – a potencialmente relevar a ausência de ferramental regulatório – que favorece a efetividade da fiscalização é que o setor de loterias possui uma particularidade que contribui para a regularidade da prestação desse serviço e exige maior atenção para o *compliance* do consórcio Estrela Instantânea. Trata-se da exigência que o consórcio (e as empresas que o compõem: *Scientific Games Italy Investments S.R.L.-SG* e *IGT Global Services Limited-IGT*) atuem regularmente em qualquer país ou mercado, sob o risco de serem punidas não apenas no país em que ocorrer a infração, mas também nos países que já exerçam suas atividades, caso descumpram regras em outros países que atuem, como por exemplo, na atuação do consórcio para prestar o serviço da Lotex.

93. Isso significa que a regulação desse mercado de loterias e jogos é ampla e pode ultrapassar as fronteiras onde a empresa detém um dos seus negócios, o que tende a aumentar a adequada atuação dessas empresas, independentemente de qual país atuem.

94. Tal aspecto contribui para as empresas adotarem todas as medidas para cumprirem as regras nos mercados onde atuam para não serem penalizadas, valendo também para o caso do Brasil, em que as empresas SG e IGT, componentes do consórcio Estrela Instantânea, serão obrigadas a

realizar as atividades definidas pela Secap. Sendo assim, uma adequada regulamentação tende a ser cumprida, não só em razão das penalidades passíveis de ocorrerem no Brasil, que pode chegar à intervenção do Estado, por meio da anulação, rescisão, caducidade e encampação da concessão (art. 35 da Lei 8.987/1995), mas há ainda o risco de sofrerem penalidades em outros países, caso descumpram as normas brasileiras.

95. Além da recomendação nº 1 do GAFI, que trata da avaliação de riscos, outras recomendações que merecem destaque, sem que sejam desconsideradas as demais recomendações, são as seguintes:

95.1. Recomendação 3, sobre crime de lavagem de dinheiro;

95.2. Recomendações 5 e 6, relativas ao financiamento do terrorismo e financiamento da proliferação (de armas de destruição em massa);

95.3. Recomendação 22, devida diligência acerca do cliente, considerando limites de valores de transações financeiras;

95.4. Recomendação 28, sobre a necessidade de medidas regulatórias e de supervisão sobre atividades e profissões não-financeiras designadas (incluídos os cassinos);

95.5. Recomendação 35, que preza por existirem sanções efetivas e dissuasivas, de natureza criminal, civil ou administrativa para casos de não cumprimento das obrigações de combate à lavagem de dinheiro.

96. Considerando o exposto, bem como a oportunidade da Secap ainda estar em fase de elaborar normas sobre a regulação da Lotex e ser pertinente que considere os riscos de ocorrência de lavagem de dinheiro, demonstrou-se ser de extrema importância **a avaliação dos riscos regulatórios por parte da Secap para uma adequada regulação e regulamentação do serviço da Lotex**. Isso será necessário para enfrentar a questão trazida pelo Ministro-Relator Aroldo Cedraz sobre os riscos de prejuízos ao Poder Concedente advindos de uma mora na implantação de mecanismos eficazes de regulamentação e fiscalização técnica e econômico-financeira, podendo resultar em má-qualidade do serviço prestado, prejuízo aos usuários e até evasão de receitas.

97. De todo o exposto, tanto em face dos riscos de sanções internacionais, em face das recomendações (ainda não performadas) do GAFI, bem como o necessário estabelecimento das condições de risco a serem reportadas ao COAF, em cumprimento aos normativos afetos ao tema, dentre eles a Lei 9.613/1998 (Lei sobre os crimes de lavagem, ocultação de bens, direitos e valores) e a Lei 12.683/2012, que torna mais eficiente a Lei 9.613/1998, deve-se empreender esforços para o **devido mapeamento e tratamento dos riscos de lavagem relacionados com a prestação do serviço da Lotex por um consórcio privado no país**.

98. Sendo assim, será proposto ao Tribunal que **fixe prazo** à Secretaria de Avaliação de Políticas Públicas, Planejamento, Energia e Loteria (Secap) **para que, em 60 dias**, empreenda 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)**.

CONCLUSÃO

99. A partir dos exames da documentação encaminhada sobre o segundo e terceiro estágios da IN-TCU 27/1998 (art. 7º, incisos II e III), não se observou irregularidade ou não-conformidade que merecesse atuação do Tribunal nesse processo de concessão. Dessa forma, esta unidade técnica considerou **inexistir irregularidade capaz de interromper continuidade do certame**.

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).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

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

- a) considerar que não foram observadas irregularidades capazes de demandar ação do TCU sobre o segundo e terceiro estágios da licitação da Lotex, conforme o art. 7º, incisos II e III da IN-TCU 27/1998;
- b) **fixar prazo** ao Ministério da Economia/Secap, para que, em **60 (sessenta) dias**, realize e remeta ao TCU a identificação, análise e respectivo tratamento dos riscos relacionados à Concessão da Loteria Instantânea Exclusiva (Lotex), com foco nos riscos regulatórios, em termos da adequada qualidade, modicidade tarifária e continuidade da prestação do escopo contratual, bem como dos riscos relacionados à lavagem de dinheiro, evasão de divisas e financiamento ao terrorismo, considerando as recomendações estabelecidas pelo Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI) e pela Lei 9.613/1998, de modo a respaldar a razoabilidade, proporcionalidade e a segurança jurídica necessária para a elaboração dos normativos que irão regular o serviço de exploração de loterias instantâneas no Brasil;
- c) encaminhar cópia do Acórdão, bem como do Relatório e da Proposta de Deliberação que o fundamentam:
 - c.1) ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES);
 - c.2) à Secretaria de Avaliação, Planejamento, Energia e Loteria (Secap);
 - c.3) ao Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República (PPI).
- d) restituir o presente processo à SecexFinanças para a continuidade das análises do 4º estágio do processo de outorga de concessão do serviço público de Loteria Instantânea Exclusiva (Lotex), nos termos do art. 7º, inciso IV da IN TCU 27/1998, circunstância em que aquela unidade deve avaliar o adequado cumprimento do estabelecido no subitem ‘b’, desta proposta de encaminhamento.”

É o Relatório.