

GRUPO I – CLASSE VII – 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 Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria (Sefel); Ministério da Fazenda.

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

Representação legal: Cláudio Coelho de Souza Timm (16.885/OAB-DF) e outros, representando Estrela Instantânea Loteria SPE S.A.; Isamara Seabra (27.685/OAB-DF) e outros, representando Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social; Leonardo Faustino Lima (53.806/OAB-DF) e outros, representando Caixa Econômica Federal.

SUMÁRIO: DESESTATIZAÇÃO. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE LOTERIA INSTANTÂNEA EXCLUSIVA (LOTEX). QUARTO ESTÁGIO. IN 27/1998. DESCUMPRIMENTO DE EXIGÊNCIAS POR PARTE DO CONCESSIONÁRIO PARA ASSINATURA DO CONTRATO. EXECUÇÃO DE GARANTIA. ENCERRAMENTO DA CONCESSÃO. ALEGAÇÕES INCAPAZES DE DESABONAR A ATUAÇÃO DO PODER CONCEDENTE. AUSÊNCIA DE DANO AO PATRIMÔNIO OU AO INTERESSE PÚBLICO DE FORMA REFLEXA NA CONTROVÉRSIA. CIÊNCIA. ARQUIVAMENTO.

RELATÓRIO

Adoto, como parte deste Relatório, a instrução da Secretaria de Controle Externo da Fazenda Nacional (peça 202), a qual contou com a anuência do seu corpo dirigente (peças 203-204):

“1. Cuidam os autos de fiscalização de outorga de concessão do serviço público de Loteria Instantânea Exclusiva (Lotex). Em instrução anterior da SecexFinanças (peça 162) foram analisados o segundo e o terceiro estágio, nos termos da IN-TCU 27/1998, especialmente do seu art. 7º, incisos II e III. O Tribunal aprovou os estágios por meio do Acórdão 1421/2020-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Aroldo Cedraz.

2. A última etapa para a finalização do processo de concessão seria o 4º estágio, momento em que devem ser avaliados o ato de outorga da concessão bem como o contrato de concessão. Ocorre que o poder concedente não concluiu essa etapa, em razão de inconformidades do licitante vencedor, o **Consórcio Estrela Instantânea**, composto pelas empresas *Scientific Games Italy Investments S.R.L.* (SG) e *IGT Global Services Limited* (IGT), que não cumpriu as exigências necessárias para a assinatura do contrato de concessão, conforme será exposto no decorrer das análises.

3. A presente instrução avaliará os fatos **apresentados pelo poder concedente acerca da impossibilidade de continuidade do processo de outorga do serviço público da Lotex**, de acordo com o informado pelo BNDES à peça 199 deste processo.

4. Vale reforçar que, como exposto em instrução anterior desta unidade técnica (peça 162), as análises deste processo se darão nos termos da IN 27/1998, em atendimento ao disposto no §2º do art. 15 da IN-TCU 81/2018, que exigiu sua aplicação apenas para desestatizações iniciadas a partir do ano de 2019.

HISTÓRICO

5. A seguir, faz-se um breve relato do processo até o momento atual, de acordo com as análises dos estágios da concessão.

6. O primeiro estágio foi avaliado inicialmente à peça 60, por instrução da então Secretaria de Controle Externo do Rio de Janeiro Secex-RJ e, em coparticipação, posteriormente analisado pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil SeinfraRodoviaAviação (peça 86). As unidades técnicas propuseram a aprovação do primeiro estágio, o que foi acatado pelo Plenário do TCU, no âmbito do Acórdão 514/2018-TCU-Plenário, de 14 de março de 2018, de relatoria do eminente Min. Aroldo Cedraz (peça 92).

7. Em razão de terem ocorrido duas deserções na licitação, foram realizadas alterações pelo poder concedente no primeiro estágio, inclusive alterações na modelagem econômico-financeira da concessão, o que gerou a necessidade de nova análise pelo Tribunal de Contas da União, para constatar eventuais reflexos e seus impactos para a concessão da Lotex.

8. Essa nova análise foi realizada pela Secretaria de Controle Externo do Sistema Financeiro Nacional e dos Fundos de Pensão (SecexFinanças) à peça 133, com entendimento de que as alterações, inclusive na modelagem econômico-financeira estavam de acordo com os requisitos do primeiro estágio da concessão, conforme previsto no art. 7º, I, 'a', da Instrução Normativa TCU 27/1998. O TCU se manifestou de acordo com a proposta da SecexFinanças, aprovando as alterações por meio do Acórdão 2433/2019-TCU-Plenário, de 9 de outubro de 2019 (peça 137).

9. O segundo e o terceiro estágios foram avaliados em conjunto à peça 162 pela SecexFinanças, que se manifestou favoravelmente à aprovação, com o seguinte encaminhamento:

100. Finalmente, será proposto ao Tribunal para considerar que, sob o ponto de vista formal, foram cumpridos os requisitos do segundo e terceiro estágios da outorga, não obstante a oportunidade de o TCU **fixar prazo** para que o Ministério da Economia/SECAP realize e remeta ao TCU, **em 60 dias**, uma análise dos riscos relacionadas com a Concessão da Lotex, com foco nos riscos regulatórios e de lavagem de dinheiro, evasão de divisas e financiamento ao terrorismo, de modo a considerar essa análise para a elaboração dos normativos que irão regular o serviço da Loteria Instantânea Exclusiva (Lotex).

10. Na ocasião, o Tribunal apreciou a manifestação da SecexFinanças por meio do Acórdão 1421/2020-TCU-Plenário, de 3/6/2020, de relatoria do relator Ministro Aroldo Cedraz. A partir desse momento, ficou sob a responsabilidade do poder concedente seguir com o estágio final da concessão da Lotex, o que será avaliado no tópico seguinte (peça 177).

EXAME TÉCNICO

11. A partir do Acórdão 1421/2020-TCU-Plenário, ficou aprovada a continuidade da concessão da Lotex, que precisaria cumprir as exigências do quarto e último estágio para a licitação ser concluída, com a realização dos atos de outorga e a assinatura do contrato de concessão.

12. Nesse momento deveriam ser realizados e remetidos para avaliação do Tribunal: a) o ato de outorga; e b) o contrato de concessão ou de permissão. Ocorre que esse estágio não chegou a ser concluído, conforme informações do poder concedente que serão analisadas por esta unidade técnica (peça 199).

13. Nos termos do inciso IV do art. 8º da IN-TCU 27/1998, o dirigente do poder concedente deve remeter ao Tribunal a documentação relativa ao quarto estágio em até cinco dias após a assinatura do termo contratual. Considerando a não continuidade do procedimento licitatório, o poder concedente se manifestou perante o TCU após dar-se cumprimento aos procedimentos normativos previstos para exigência da garantia, manifestação em recursos e análise das defesas. As

informações foram devidamente formalizadas à peça 199.

14.O Ofício do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) AEP/DEP1 01/2021, de 27 de abril de 2021 (peça 199) remete ao Tribunal de Contas da União o detalhamento das últimas ações relativas ao processo licitatório da Lotex até culminar com o poder concedente realizando a execução da garantia dada pelo Consórcio Estrela Instantânea, no montante de R\$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de reais). Esse montante foi garantido em partes iguais pelas duas empresas consorciadas, ou seja, R\$ 12.500.000,00 (doze milhões e quinhentos mil reais) dados em garantia pela empresa *Scientific Games Italy Investments S.R.L.* (SG) e mais R\$ 12.500.000,00 (doze milhões e quinhentos mil reais) pela empresa *IGT Global Services Limited* (IGT). A comunicação às empresas consorciadas foi realizada conforme registrado à peça 199, p. 157 a 169.

15.O prazo previsto em edital para a empresa adjudicatária comprovar o cumprimento de todas as condições necessárias à assinatura do contrato foi de até 60 dias úteis após a publicação da homologação do resultado do Leilão pelo BNDES (peça 102, p. 36). Conforme exposto pelo BNDES (peça 199, p. 1), essa comprovação não ocorreu e o pedido de prorrogação pelo mesmo prazo de 60 dias úteis foi deferido pelo Ministério da Economia ao Consórcio Estrela Instantânea, que deveria comprovar todas as condições exigidas para a assinatura até no máximo dia 29/6/2020.

16.O novo prazo concedido não foi atendido pelo Consórcio Estrela Instantânea e, novamente, foi solicitada a prorrogação do prazo, o que foi atendido pelo Ministério da Economia (peça 199, p. 6), com a justificativa dos impactos decorrentes da Covid-19 para permitir essa nova e excepcional prorrogação. Assim, o prazo final previsto com a novel prorrogação foi para comprovação de todos os requisitos para a assinatura do contrato serem apresentados até a data de 21/9/2020.

17.Ocorreu que, novamente, o Consórcio Estrela Instantânea não apresentou os requisitos para a assinatura do contrato de concessão e, ainda, solicitou ao Ministério da Economia outra prorrogação dos prazos (peça 199, p. 9). Naquela ocasião, o consórcio alegou que aguardava resposta da Caixa Econômica Federal sobre a aprovação de eventual contrato de distribuição a ser celebrado com o consórcio (peça 199, p. 12). Outra alegação do consórcio para tentar justificar o terceiro pedido de prorrogação foi a dificuldade gerada pela pandemia da Covid-19 e os *lockdowns*, o que teria gerado dificuldade para registrar em cartório os documentos necessários à nomeação dos conselheiros estrangeiros perante a Junta Comercial do Estado de São Paulo (peça 199, p. 16).

18.O Ministério da Economia decidiu não conceder novo prazo para o Consórcio Estrela Instantânea e indeferir o pleito do consórcio pelos motivos expostos a seguir (peça 199, p. 171 e 172):

- a) O edital da licitação, mais especificamente na **minuta do contrato de concessão (3780270), anexo ao edital, prevê em seu item 9.4 que ‘Fica desde já estabelecido que a Concessionária terá ampla liberdade para selecionar e contratar os PDVs para a comercialização da LOTEX, assim como para estabelecer, por qualquer meio, a estrutura necessária para o pagamento de prêmios aos Apostadores, observada a legislação aplicável’** - o que dá ampla e total liberdade para o concessionário da LOTEX estabelecer seus pontos de venda e locais de pagamento de prêmios, dentro da conveniência mercadológica;
- b) **A relação contratual entre a Caixa Econômica Federal (CEF) e o Consórcio EIL é uma relação comercial privada entre terceiros, a qual foi aventada como mera possibilidade nos comunicados que antecederam o leilão, sempre com a ressalva de que eventual formalização do acordo estava condicionada à aprovação pelas instâncias de governança da CEF;**
- c) A troca de correspondências eletrônicas apresentadas como demonstração de uma possível relação comercial com a CEF em nada indica que haverá uma celebração

contratual com aquela empresa pública nos próximos quinze dias úteis;

d) **O atual processo licitatório já foi amplamente flexibilizado, em termos de ajuste de cronograma, nas duas prorrogações anteriores;** A primeira, que postergou o prazo de comprovação das condições prévias do contrato de 19/03/2020 para 29/06/2020, por solicitação do consórcio em razão de ‘em razão dos trâmites jurídicos e burocráticos envolvendo ambas empresas internacionais constituintes da SPE’, em março de 2020. A segunda prorrogação, em junho de 2020, novamente motivada por solicitação do consórcio, em razão do impacto superveniente da COVID-19, alterou o prazo de comprovação das condições prévias do contrato de 29/06/2020 para 21/09/2020.

e) **Manifestação anterior da Comissão de outorga (2324631), item 7, já havia deixado claro que não celebrar contrato comercial com a CEF não seria justificativa suficiente para afastar as obrigações do Consórcio:** ‘[...] caso a Adjudicatária não venha celebrar contrato comercial com a Caixa Econômica Federal para utilização da rede comercial, de acordo com as condições comerciais não vinculantes divulgadas por meio dos Avisos 7 e 8 da Comissão de Outorga da licitação (“Contrato Comercial”), **tal fato não será considerado justificativa aceitável e suficiente para afastar integralmente as penalidades decorrentes da recusa em celebrar o Contrato de Concessão, nos termos dos itens 15.5.1 e 15.5.2. do Edital**’.

f) Não restaram comprovado qualquer avanço na negociação contratual entre o Consórcio EIL e aquela empresa pública ou qualquer horizonte de solução nos próximos 15 (quinze) dias úteis, em razão dos riscos apontados na referida correspondência, e

g) **Soma-se ainda o fato de que flexibilização do cronograma da licitação é medida excepcional, que só pode ser adotada de forma motivada, mediante análise de fatos e circunstâncias pertinentes, de modo a não se levar à aceitação de condições não oferecidas ao público amplo quando do momento da licitação.** (grifos nossos)

19. Diante das justificativas do poder concedente para não autorizar a terceira prorrogação seguida do prazo, verifica-se que **o Ministério da Economia agiu amparado pelo edital de concessão**, o qual faculta a decisão de prorrogar o certame de acordo com a conveniência e oportunidade do poder concedente. No caso específico **ocorreram duas concessões de prorrogações** e, também, havia a liberdade para o eventual concessionário escolher e contratar os Pontos de Venda (PDVs), **que poderiam ou não serem formados com a participação da Caixa.**

20. Por isso, considerou-se **o fato de o concessionário ter a liberdade para definir seus parceiros de distribuição** dos bilhetes não ser razoável uma terceira prorrogação do prazo de assinatura do contrato pela ausência de um acordo com um dos eventuais distribuidores possíveis, como seria a Caixa Econômica Federal.

21. Outro fator relevante trazido à baila pelo poder concedente para não prorrogar o prazo e executar a garantia editalícia foi que as sucessivas prorrogações realizadas não estavam previstas no edital disponível a todos os interessados em participar do certame, sendo o prazo disponível para estar apto a operar no país um fator relevante do ponto de vista técnico e financeiro, o que representa um fator de restrição à entrada de novos interessados, que poderiam ter aderido ao certame caso fosse disponibilizado prazos maiores.

22. Vale reforçar que, conforme exposto em instrução precedente desta unidade técnica, o entendimento do Tribunal referente ao controle do TCU sobre os atos de regulação dos seus jurisdicionados é de segunda ordem. Isso significa que não cabe ao TCU a fiscalização direta, tampouco decidir sobre os aspectos relacionados com a outorga de um serviço público, conforme verifica-se no Acórdão 1703/2004-Plenário, de relatoria do eminente Min Benjamin Zymler (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.

23. Destaca-se que esse controle de segunda ordem permite inclusive a expedição de determinações pelo TCU em assuntos de discricionariedade técnica dos jurisdicionados, em caso de violação do ordenamento jurídico, conforme bem exposto no Acórdão 1166/2019-Plenário, de relatoria do eminente Min. Augusto Nardes (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.**

(...)

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.**

24. É certo que a competência fiscalizatória do Tribunal em relação ao processo de concessão da Lotex é de segunda ordem, no entanto, não há óbice à expedição de recomendações e determinações por parte do Tribunal de Contas da União caso ocorram ilegalidades ou mesmo descumprimento dos princípios da administração pública.

25. Além disso, a não assinatura do contrato por parte do Consórcio Estrela Instantânea resultou na execução da garantia no montante de R\$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de reais), quantia definida em edital para arcar com as despesas do poder público decorrentes da realização do certame, representando também uma penalidade ao licitante pelo descumprimento de previsão do edital. Considerando que o poder concedente recebeu os valores devidos a título de garantia (peça 199, p. 182 a 185), não foram vislumbradas medidas adicionais a serem adotadas por parte do TCU, tampouco há qualquer exigência na IN 27/1998 para essa situação.

26. Em decorrência das análises realizadas por esta unidade técnica sobre a documentação trazida pelo poder concedente acerca da situação da licitação da Lotex, não foi verificada qualquer irregularidade por parte do poder concedente durante o processo, motivo pelo qual será proposto ao Tribunal de Contas da União o encerramento deste processo de acompanhamento de desestatização, sem prejuízo de que um novo acompanhamento ocorra, caso seja iniciado outro processo para a concessão do serviço público de Loteria Instantânea.

27. Nesse contexto, o cumprimento das exigências normativas, especialmente do edital de concessão, faz-se necessário para assegurar, ao menos, que 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’. Desse modo, cabe ao poder concedente regular o processo de desestatização do serviço público da Lotex, devendo fazer cumprir os normativos que regulam as atividades do concessionário, inclusive com medidas sancionatórias previstas.

CONCLUSÃO

28. A partir dos exames da documentação encaminhada pelo BNDES (peça 199) sobre o quarto estágio da IN-TCU 27/1998 (art. 7º, inciso IV), não se observou irregularidade ou não-conformidade que merecesse atuação adicional do Tribunal nesse processo de concessão. Dessa forma, esta unidade técnica considerou **inexistir irregularidade capaz de provocar a atuação aditiva do Tribunal de Contas da União no caso em análise**.

29. Por todo exposto, relativamente à documentação recebida do BNDES, as análises realizadas por esta unidade técnica não identificaram qualquer aspecto ou questionamento contrário às ações do poder concedente, havendo concordância com as análises do Ministério da Economia e do BNDES sobre o andamento do processo de concessão da Lotex e demais exigências normativas. **A não adjudicação do objeto deu-se em decorrência exclusiva do não atendimento às exigências editalícias pelo Consórcio Estrela Instantânea, mais especificamente o item 15.3, II, III, IV e VI**, mesmo com a autorização, pelo poder concedente, de duas prorrogações de 60 dias úteis cada uma para que o consórcio se adequasse às exigências previstas em edital para a assinatura do contrato.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

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

- a) considerar que não foram observadas irregularidades capazes de demandar ação adicional do TCU sobre o encerramento da concessão da Lotex sem a assinatura do contrato por parte do consórcio vencedor, Consórcio Estrela Instantânea;
- b) notificar o Ministério da Economia para que informe ao Tribunal de Contas da União sobre eventual interesse em realizar nova concessão do serviço público de Loteria Instantânea Exclusiva (Lotex), remetendo documentação relacionada, caso haja qualquer providência adotada para nova licitação, conforme dispõe a Instrução Normativa – TCU 81, de 20 de junho de 2018;
- c) encaminhar cópia do Acórdão, bem como do Relatório e da Proposta de Deliberação que o fundamentam:
 - i) ao Ministério da Economia;
 - ii) ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES);
 - iii) à Secretaria de Avaliação, Planejamento, Energia e Loteria (Secap);
 - iv) ao Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República (PPI).
- d) arquivar os autos, com base no art. 169, V do Regimento Interno do TCU.”

2. Estando os autos pendentes de julgamento de mérito, a sociedade empresária Estrela Instantânea Loteria SPE S.A. requereu que lhe fosse deferido o ingresso como interessada no processo, bem como cópia integral dos autos (peça 200), no que foi atendida por meio do despacho de peça 206.

3. Exercendo suas faculdades processuais, a empresa Estrela Instantânea Loteria SPE S.A. juntou manifestação à peça 207, onde motiva o seu pedido de que sejam tomadas as seguintes medidas:

“a) Anule o parecer conclusivo apresentado pela SecexFinanças em 03.08.2021, ao menos na parte em que admite o encerramento do processo de concessão da Lotex, em razão do deferimento tardio

do pedido de ingresso da EIL como parte interessada no processo, sem que pudesse ter se manifestado anteriormente;

b) Determine ao Ministério da Economia e ao BNDES que negociem com a EIL a revisão de pontos do processo de concessão da Lotex, de modo a permitir que tal processo avance até a assinatura do contrato de concessão da Lotex pela EIL como concessionária, buscando-se resguardar o interesse público e se atender a vários princípios da administração pública, como economicidade e eficiência, considerando todos os recursos humanos e financeiros públicos já dedicados a este processo desde 2016;

c) Intime a Caixa para que esclareça por que não assinou o contrato de concessão com a EIL, mesmo após ter completado as negociações que duraram sete meses, e, ao agir assim, colocar em risco a concessão da Lotex e benefícios financeiros para o governo federal de diversos bilhões de reais, de acordo com as estimativas do BNDES; e

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

4. Após examinar as razões trazidas pelo consórcio, a SecexFinanças lançou nova instrução de mérito, a qual transcrevo aqui com as supressões que entendo cabíveis (peça 208):

“MANIFESTAÇÃO

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

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

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

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

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

20. Esclarece que a EIL justificou ao Ministério da Economia porque não poderia cumprir, até 21/9/2020, todas as condições prévias para a assinatura do contrato de concessão da Lotex e requereu nova prorrogação do prazo motivada, principalmente, pelas dificuldades impostas pela

pandemia da Covid-19 nas preparações para que o Consórcio Estrela Instantânea pudesse iniciar suas operações, da omissão da Caixa Econômica Federal (CEF) em celebrar o contrato de distribuição de produtos lotéricos e de pagamento de prêmios em sua rede lotérica, e, pouco após 21/9/2020, da decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em 30/9/2020, de permitir a atuação ampla das loterias estaduais o que implicou, na prática, o fim da exclusividade da Lotex no território nacional, permitindo que outras unidades da federação possam também operar loterias instantâneas.

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

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

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

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

- i) seja anulado o parecer apresentado pela SecexFinanças em 3/8/2021, ao menos no que se refere ao encerramento do processo de concessão da Lotex;
- ii) determine ao Ministério da Economia – ME e ao BNDES que negocie com a EIL a revisão de pontos do processo de concessão da Lotex;
- iii) intime a Caixa para que esclareça por que não assinou o contrato de concessão com a EIL, mesmo após ter completado as negociações que duraram sete meses;
- iv) confirme o entendimento contido no parecer conclusivo da SecexFinanças na parte em que considera desnecessária tanto a aplicação de qualquer penalidade adicional à EIL quanto a responsabilização dos agentes públicos do Ministério e do BNDES pelos atos praticados no curso do processo de concessão.

EXAME TÉCNICO

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

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

27. Por meio do Ofício AEP/DEP1 01/2021, de 27 de abril de 2021, o BNDES detalhou a este Tribunal as últimas ações relativas ao processo licitatório da Lotex até culminar com o poder concedente realizando a execução da garantia dada pelo Consórcio Estrela Instantânea, no montante de R\$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de reais). Conforme detalhado pelo BNDES, foram concedidas duas prorrogações de prazo para que a EIL apresentasse os requisitos

para assinatura do contrato de concessão (peça 199).

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

29. Conforme destacado pelo Ministério da Economia, a flexibilização do cronograma da licitação, com o deferimento de duas prorrogações sucessivas de prazos, somente pode ser adotada de forma motivada, de modo a não caracterizar a concessão de condições que não foram ofertadas ao público amplo no momento da licitação. Ou seja, as sucessivas prorrogações realizadas não estavam previstas no edital disponível a todos os interessados em participar do certame, sendo o prazo disponível para estar apto a operar no país um fator relevante do ponto de vista técnico e financeiro, o que pode ter representado um fator de restrição à entrada de novos interessados, que poderiam ter aderido ao certame caso fosse disponibilizado prazos maiores.

30. Na petição ora apresentada, a EIL deixa claro que ainda que o ME não tivesse executado a garantia e houvesse o prorrogado o prazo uma terceira vez, a empresa somente aceitaria assinar o contrato se fossem renegociadas as condições. Vê-se que se trata de condição impossível, pois restaria evidente a concessão de vantagens ao consórcio que não estavam previstas no edital de licitação.

31. Com relação às alegadas dificuldades enfrentadas pela EIL na negociação com a Caixa Econômica Federal (CEF), conforme esclarecido pelo ME, trata-se de relação comercial privada entre terceiros, que foi aventada como mera possibilidade nos comunicados que antecederam o leilão, sempre com a ressalva de que eventual formalização do acordo estava condicionada à aprovação pelas instâncias de governança da CEF. De fato, no Edital do Leilão 1/2018-PPI/PND, que tem por objeto a seleção de entidade para exploração do serviço público de Loteria Instantânea Exclusiva – Lotex, não há previsão de parceria da CEF e a licitante vencedora para compartilhamento dos pontos de venda de apostas físicas (peça 102).

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

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

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

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

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

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

CONCLUSÃO

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

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

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

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

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

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

- a) conhecer da petição de peça 207 para, no mérito, considerá-la improcedente, em especial no que concerne à anulação da proposta de encaminhamento da SecexFinanças de peça 202;
- b) considerar que não foram observadas irregularidades capazes de demandar ação adicional do TCU sobre o encerramento da concessão da Lotex sem a assinatura do contrato por parte do consórcio vencedor, Estrela Instantânea Loteria SPE S.A.;
- c) notificar o Ministério da Economia para que informe ao Tribunal de Contas da União sobre eventual interesse em realizar nova concessão do serviço público de Loteria Instantânea Exclusiva (Lotex), remetendo documentação relacionada, caso haja qualquer providência adotada para nova licitação, conforme dispõe a Instrução Normativa – TCU 81, de 20 de junho de 2018;
- d) encaminhar cópia do Acórdão, bem como do Relatório e da Proposta de Deliberação que o fundamentam:
 - i) ao Ministério da Economia;

- ii) ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES);
- iii) à Secretaria de Avaliação, Planejamento, Energia e Loteria (Secap);
- iv) ao Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República (PPI);
- v) à sociedade empresária Estrela Instantânea Loteria SPE S.A.
- e) arquivar os autos, com base no art. 169, V do Regimento Interno do TCU.”

5. O corpo dirigente da Unidade Técnica acompanhou a proposta do auditor instrutor (peças 209-210).

É o Relatório.