

VOTO

Cuidam os autos de fiscalização do acompanhamento do quarto estágio da outorga de concessão do serviço público de Loteria Instantânea Exclusiva (Lotex).

2. O segundo e o terceiro estágios, nos termos da IN-TCU 27/1998, especialmente do seu art. 7º, incisos II e III, foram examinados por meio do Acórdão 1.421/2020-TCU-Plenário (de minha relatoria), não tendo sido apontados óbices à continuidade da desestatização.

3. Nesta oportunidade, é analisada a última etapa para a finalização do processo de concessão, momento em que deve ser avaliado o ato de outorga da concessão bem como o contrato de concessão.

4. Todavia, como apontou o próprio Poder Concedente, a desestatização não foi concluída, em razão de o licitante vencedor, o Consórcio Estrela Instantânea, composto pelas empresas *Scientific Games Italy Investments S.R.L. (SG)* e *IGT Global Services Limited (IGT)*, não ter cumprido as exigências necessárias para a assinatura do contrato de concessão.

5. Após o deferimento de dois pedidos de prorrogação, por períodos iguais de sessenta dias úteis, o consórcio vencedor não comprovou o cumprimento de todas as condições necessárias à assinatura do contrato, que originalmente deveriam ter sido cumpridas até sessenta dias úteis após a publicação da homologação do resultado do leilão pelo BNDES.

6. O então Ministério da Economia, usando de suas prerrogativas e agindo amparado pelo edital do processo de desestatização, indeferiu o terceiro pedido de prorrogação de prazo, encerrando o processo de concessão.

7. Especificamente, o Consórcio Estrela Instantânea não selecionou e nem contratou os pontos de venda (PDVs) para a comercialização da Lotex, nem estabeleceu a estrutura necessária para o pagamento de prêmios aos apostadores. A decisão do Poder Concedente, em síntese, baseou-se nas seguintes questões:

a) havia 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 aventada relação contratual entre a Caixa Econômica Federal (Caixa) e o Consórcio sempre foi definida com uma relação comercial privada entre terceiros, levantada 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 Caixa;

c) a troca de correspondências eletrônicas apresentadas como demonstração de uma possível relação comercial com a Caixa em nada indicava que haveria uma celebração contratual com aquela empresa pública em curto prazo;

d) a flexibilização do cronograma da concessão foi demasiadamente ampliada em razão das duas prorrogações realizadas, sem previsão editalícia;

e) a Comissão de Outorga já havia deixado claro que não celebrar contrato comercial com a CEF não seria justificativa suficiente para afastar as obrigações do Consórcio.

8. A fim de justificar o descumprimento de exigências prévias à assinatura do contrato de concessão, o Consórcio Estrela Instantânea, em síntese, apresentou os seguintes argumentos:

a) houve dificuldades impostas pela pandemia da Covid-19 nas preparações para que o Consórcio Estrela Instantânea pudesse iniciar suas operações;

b) houve omissão da Caixa em celebrar o contrato de distribuição de produtos lotéricos e de pagamento de prêmios em sua rede lotérica;

c) houve 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;

9. O consórcio informa ter interesse na exploração da concessão do referido serviço e que 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.”*. Por fim, faz os seguintes pedidos para que seja:

I) 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) determinado ao Ministério da Economia – ME e ao BNDES que negocie com a EIL a revisão de pontos do processo de concessão da Lotex;

III) intimada 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

IV) confirmado 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.

10. Adoto como razões de decidir os pareceres da SecexFinanças nos autos, sem prejuízo de tecer breves considerações.

11. Não devem ser acatadas as alegações do Consórcio, tampouco suas propostas, as quais buscam pautar a atuação desta Corte e do Poder Concedente para a satisfação de seus interesses.

12. Em que pese as dificuldades decorrentes da pandemia do Covid-19, que nos afetou a todos, diga-se de passagem, o deferimento de sucessivas prorrogações de prazo e a inexecução da garantia não estavam previstos no instrumento convocatório, 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.

13. O referido prazo, sem dúvida, representou um fator de restrição à entrada de novos interessados, que poderiam ter aderido ao certame caso prazos maiores fossem permitidos. Portanto, agir de modo diverso representaria um desprestígio ao princípio basilar da isonomia entre os licitantes.

14. Reforço que a relação com a Caixa é uma relação comercial privada entre terceiros, que foi aventada como mera possibilidade nos comunicados que antecederam o leilão, sem previsão expressa no edital, e sempre com a ressalva de que eventual formalização do acordo estava condicionada à aprovação pelas instâncias de governança daquele banco público.

15. Em relação à decisão do STF que 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, tendo sido, inclusive, prevista como um risco com característica de álea administrativa extraordinária, no item 15.2 da minuta contratual (peça 103, p. 27-28, com grifos acrescidos):

“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.”

16. O consórcio ainda deixa claro que a empresa somente aceitaria assinar o contrato caso fossem renegociadas as condições da avença. Ao tempo em que demonstra interesse na prestação do serviço objeto da concessão, a empresa vencedora impõe condições para que exerça sua vontade.

17. Como bem pontuou a Unidade Técnica, trata-se de condição impossível, pois, novamente, restaria evidente a concessão de vantagens ao consórcio que não estavam previstas no edital de licitação.

18. O fato de o contrato não ter sido assinado pelo Consórcio Estrela Instantânea resultou na execução e no recebimento 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 penalidade ao licitante pelo descumprimento de previsão do instrumento convocatório.

19. Essas informações demonstram que a empresa vencedora busca satisfazer seus interesses privados, não havendo qualquer dano ao patrimônio ou ao interesse público no litígio com o Poder Concedente, de modo que não se justifica a atuação desta Corte (Acórdãos 1.648/2020-Plenário e 3.154/2019-Plenário, relatados pelos ministros Augusto Sherman e Raimundo Carreiro, respectivamente).

20. Não verifico qualquer aspecto ou questionamento que desabone as ações do Poder Concedente, e manifesto minha concordância com as análises do então Ministério da Economia e do BNDES sobre o andamento do processo de concessão da Lotex. Como já relatado, 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, incisos II, III, IV e VI, mesmo com a autorização, pelo Poder Concedente, de duas prorrogações de sessenta dias úteis para que o consórcio se adequasse às exigências previstas em edital e assinasse o contrato de concessão. Qualquer atuação do TCU no sentido de desconstituir as legítimas decisões do Ministério da Economia seria um avanço descabido no poder discricionário do gestor.

21. Nesse sentido, acompanho a proposta da Unidade Técnica de arquivamento 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.

Ante o exposto, VOTO para que seja adotada a minuta de Acórdão que ora trago ao exame deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 18 de janeiro de 2023.

AROLDO CEDRAZ
Relator