

Processo: TC 017.293/2011-1
Tipo de processo: Representação
Representante: Ministério Público junto ao TCU
Unidade jurisdicionada: Caixa Econômica Federal
Procuradores/Advogados: Aline Lisboa Naves Guimarães, OAB/DF 22.400, pela Caixa (peças 14 e 15)
Interessado em sustentação oral: não há
Proposta: preliminar (diligência e oitiva)

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de representação formulada pelo MP/TCU (peça 1) que versa sobre possíveis irregularidades em permissões lotéricas realizadas pela Caixa.
2. Segundo documentação enviada ao gabinete do Procurador-Geral, em 1999 a Caixa negociou com as entidades representativas da categoria lotérica (federações e sindicatos de lotéricos) a assinatura de aditivo ao termo de responsabilidade e compromisso existente até então, alegando que o objetivo era ajustar os contratos antigos às exigências da nova lei, sem processo licitatório, concedendo prazo de 240 meses (20 anos) para cada contrato. Com efeito, toda a rede lotérica existente até então - cerca de 6.300 unidades lotéricas - foi beneficiada com a possibilidade de prestar os ditos serviços pelo prazo de 20 anos, prorrogáveis por igual período.
3. Ao fim, o MP/TCU requer a adoção de medidas tendentes à apuração de eventuais irregularidades com relação à permissão de unidades lotéricas realizada pela Caixa sem a observância do devido processo licitatório, consoante dispõem a CF/88 e as Leis 8.666/93 e 8.987/95.

HISTÓRICO

4. Em uma primeira instrução (peça 2), esta Unidade Técnica entendeu necessário realizar diligência à Caixa com vistas a obter informações sobre a existência do aditivo ao termo de responsabilidade e compromisso e as razões e os fundamentos para a sua celebração.
5. Por meio de despacho (peça 4), o Min. Weder de Oliveira, atuando nos autos em razão de convocação para substituir o Min. Valmir Campelo, relator do feito, conheceu da presente representação, com fundamento no art. 237, inciso VII, do RI/TCU, e autorizou a realização da diligência proposta.
6. Em resposta ao ofício de diligência 535/2011-TCU/Secex2 (peça 5), a Caixa protocolizou, em 16/8/2011, o ofício 9/2011 da Diretoria Executiva de Estratégia e Distribuição (peça 10).

EXAME TÉCNICO

7. O cerne desta representação está em apurar a regularidade das permissões lotéricas realizadas pela Caixa por meio do aditivo (peça 10, p. 10-28) ao termo de responsabilidade e compromisso assinado em janeiro de 1999 com as casas lotéricas então em funcionamento.
8. Das informações prestadas pela Caixa (peça 10, p. 1-2), depreende-se que: 1) até março de 1999 o termo de responsabilidade e compromisso assinado pelas lojas que ingressavam na rede lotérica não continha prazo de validade/duração definido; 2) o aditivo assinado em janeiro de 1999 por todas as casas lotéricas então em funcionamento (6.310 lojas) estipulou o prazo de 240 meses (20 anos) para esses contratos; 3) tal prazo foi estabelecido como tempo que justificasse um investimento por parte dos empresários lotéricos com um custo médio de R\$ 20.000,00; e 4) a minuta do referido aditivo foi

submetida ao Departamento Jurídico da Caixa, que concluiu pela sua regularidade e adequação ao atendimento do fim buscado, conforme notas jurídicas 332/97 e 245/98 (peça 10, p. 4-9).

9. Logo de início, impende destacar que o aditivo firmado pela Caixa em janeiro de 1999 realmente contraria dispositivos constitucionais e legais pertinentes à concessão e permissão de serviços públicos, na medida em que efetivou prorrogação do contrato, pelo prazo de 20 anos, sem a realização de procedimento licitatório.

10. É que o art. 175 da CF/88 institui que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Sob esse ponto de vista, nota-se que o contrato de permissão tem como hipótese de legitimidade sujeitar-se à prévia licitação e que permitir ação oposta significaria ofensa a preceitos basilares da Administração, como os da impessoalidade e moralidade.

11. Por outro lado, é firme o entendimento doutrinário (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.) no sentido de que a permissão de serviço público é ato de caráter precário que não gera direito subjetivo ao permissionário, podendo o poder público revogá-la a qualquer tempo sem indenizá-lo, segundo a conveniência e oportunidade pública.

12. Nessa linha, as circulares da Caixa que regulamentam as permissões lotéricas sempre estipularam limitações tais como: “a revogação, quer voluntária quer compulsória, é aplicada a todas as loterias administradas pela CEF”, “revogada a permissão por deliberação da CEF, o revendedor não tem direito de reclamar qualquer indenização”, “a CAIXA pode, a qualquer momento, revogar a permissão, objeto do Contrato” ou “revogada a permissão, não cabe à PERMISSONÁRIA nenhuma indenização”.

13. De se realçar que a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que, a teor do art. 42, §§ 1º e 2º, da Lei 8.987/95, as concessões e permissões de serviço público anteriores à referida lei, outorgadas sem o devido procedimento licitatório, não podem ser prorrogadas. Nesse sentido, os seguintes recursos especiais (REsp) do STJ: 912.402 (peça 17), 655.207, 443.796 e 304.837. Importante ressaltar também que, conforme o entendimento jurisprudencial do STJ (peça 17, p. 8), o art. 42, § 2º, da Lei 8.987/95, aplica-se somente às concessões de serviço público, e não às permissões.

14. Tal linha de pensamento está em consonância com a jurisprudência desta Corte de Contas. Embora não se tenha encontrado nenhuma decisão anterior sobre o tema específico desta representação (licitação para prorrogação dos contratos de permissões lotéricas), vê-se que o presente caso é bastante similar ao tratado nos TC's 013.889/1994-0 e 012.751/2002-7.

15. O TC 013.889/1994-0 cuidou de auditoria realizada na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) a fim de avaliar o sistema de franquias da empresa estatal. Dentre outras irregularidades, verificou-se que as franquias da ECT eram “distribuídas sem obedecer a critérios objetivos e técnicos, e, sobretudo, sem que se realize o competente processo licitatório, desrespeitando, assim, ao imperativo constitucional insito no art. 175”. Por meio da Decisão 601/94-P (peça 18), o Tribunal, em meio a outras providências, determinou à ECT que realizasse o indispensável certame licitatório para a contratação de novas franquias, bem como promoveu a audiência dos responsáveis para apresentarem razões de justificativas com relação à irregularidade identificada.

16. Já o TC 012.751/2002-7 tratou de representação em face de eventual descumprimento da Decisão 601/94-P. Naquela assentada, verificou-se a inconstitucionalidade do dispositivo legal que prorrogou os contratos das agências franqueadas. Destarte, por meio do Acórdão 574/2006-P (peça 19), foi determinado à ECT que apresentasse estudo contendo planejamento e cronograma dos procedimentos necessários para a regularização do serviço postal que vinha sendo prestado pelas agências franqueadas.

17. Em sede de pedido de reexame interposto pela Associação Brasileira de Empresas Prestadoras de Serviços Postais (Abrapost), o Tribunal, por meio do Acórdão 2.444/2007-P (peça 20),

reafirmou a necessidade de licitação para outorga de serviços postais, conquanto no mérito tenha autorizado a manutenção excepcional, por um período de até 360 dias, dos contratos então vigentes, até a finalização do procedimento licitatório e a conclusão das providências objeto das determinações contidas no Acórdão 574/2006-P.

18. No caso tratado neste processo, os termos de responsabilidade e compromisso foram assinados pelas casas lotéricas sem prazo de validade/duração definido e o aditivo prorrogando esses contratos pelo prazo de 240 meses (20 anos) não foi precedido da devida licitação, cuja ocorrência era essencial à validade do ato.

19. Deste modo, não há que se falar em concessão de serviço público sem a observância das normas pertinentes à concorrência pública para exploração de loterias, tampouco em albergar eventual pretensão de empresas exploradoras de serviço público de terem seus contratos de permissão prorrogados, sob pena de violação de determinações impostas pela Constituição Federal e pela legislação que rege esses serviços.

20. Ainda que a prorrogação das permissões em comento houvesse sido válida (o que, repita-se, não foi e não deveria gerar qualquer necessidade de indenização), não se mostra razoável a alegação de que o prazo de 240 meses (20 anos) justificaria o retorno de um investimento médio de R\$ 20.000,00 em visibilidade e identificação das lojas, pois tal valor representa o montante irrisório de apenas R\$ 83,33 por mês prorrogado (ou R\$ 1.000,00 por ano), não havendo nos autos qualquer levantamento ou cálculo que o explique.

21. No tocante aos pareceres jurídicos, embora o preâmbulo do aditivo mencione que o termo de responsabilidade e compromisso “passa a vigor com as normas da Lei 8.987/95” (peça 10, p. 10), observa-se que as notas jurídicas 332/97 e 245/98 (peça 10, p. 4-9) não se manifestaram quanto à necessidade de licitação para prorrogar as permissões lotéricas. Ou seja, tais notas deram azo a grave irregularidade na gestão da despesa pública, pois totalmente em desarmonia com a CF/88 e as Leis 8.666/93 e 8.987/95.

22. Ora, conforme tudo o quanto relatado nesta instrução, conclui-se ser inadmissível e incabível a prorrogação ou renovação do contrato de permissão lotérica sem prévia abertura de novo procedimento licitatório, implicando em afronta às prescrições constitucionais e legais acerca da concessão e permissão para exploração de serviços públicos, o que não pode ser convalidado por esta Corte de Contas.

23. Todavia, seguindo o raciocínio utilizado nos TC's 013.889/1994-0 e 012.751/2002-7, entende-se que, também no presente caso, a revogação imediata das permissões em comento poderá provocar grande quantidade de demandas judiciais que onerarão, de diversos modos, a administração da Caixa, independente do caráter de precariedade e unilateralidade inerente ao regime e da não aplicação do art. 42, § 2º, da Lei 8.987/95, às permissões.

24. Considerando que as permissões com as 6.310 casas lotéricas então em funcionamento foram aditadas sem licitação em janeiro de 1999, não se considera produtora de danos imediata de todas elas, com todos os custos e consequências daí decorrentes, quando, depois de quase treze anos em vigor, pode-se conceder excepcionalmente mais algum prazo para manutenção de tais contratos, o que deverá atuar de maneira muito favorável para que ocorra uma substituição mais ordenada e pacífica das permissões irregulares.

25. Assim, vislumbra-se que a solução final para esta representação, a ser proposta por ocasião da instrução de mérito, seja: 1) autorizar, em caráter excepcional e por um período máximo de até 12 meses, a manutenção dos 6.310 termos de responsabilidade e compromisso aditados em janeiro de 1999 sem procedimento licitatório; e 2) assinar prazo para que a CEF não só realize os levantamentos e avaliações indispensáveis à revogação das permissões referidas no item anterior e à organização da(s) licitação(ões) que precederá(ao) a outorga das permissões lotéricas que substituirão tais contratos, mas

também apresente a este Tribunal plano de trabalho contendo planejamento e cronograma dos devidos procedimentos, considerando que tal substituição não deverá exceder o prazo máximo de até 12 meses.

26. No presente momento processual, a irregularidade verificada (realização de permissão lotérica sem procedimento licitatório, contrariando o disposto no art. 175 da CF/88) enseja a realização de audiência dos responsáveis para apresentarem razões de justificativa, conforme disposto no art. 43, inciso II, da Lei 8.443/92. Ocorre que não constam dos autos informações suficientes para a correta caracterização (qualificação, período de exercício, conduta, nexos de causalidade e culpabilidade) de toda a cadeia de responsabilidade dos gestores envolvidos, motivo pelo qual será proposta a realização de diligência à Caixa para obtenção dos dados e documentos necessários.

27. Registre-se que as prestações de contas dos exercícios de 1997 (TC 004.357/1998-1, Acórdão 2.350/2009-2C), 1998 (TC 010.272/1999-2, Acórdão 5.752/2010-1C) e 1999 (TC 010.874/2000-1, Acórdão 931/2010-P) foram julgadas regulares com ressalvas e estão encerradas. Nos termos do art. 206, § 1º, do RI/TCU, a apreciação das irregularidades envolvendo os gestores que constam no rol de responsáveis das mencionadas contas dependerá do conhecimento de eventual recurso de revisão interposto pelo MP/TCU. Tal fato deverá ser levado em conta na análise da resposta à diligência acima proposta.

28. Por último, novamente a despeito do caráter de precariedade e unilateralidade inerente ao regime de permissão, afigura-se adequado oportunizar a oitiva da Federação Brasileira das Empresas Lotéricas (Febralot) e da Federação Nacional dos Agentes Lotéricos (Fenal), para que, querendo, manifestem-se sobre os fatos apontados na presente representação, uma vez que tais federações (peças 21 e 22) congregam pessoas físicas ou jurídicas que mantêm algum tipo de vínculo na área de prestação de serviços lotéricos com a Caixa. Desta forma, mais informações estarão disponíveis para possibilitar um exame mais acurado sobre a viabilidade da proposta de mérito vislumbrada no parágrafo 25 desta instrução.

CONCLUSÃO

29. O documento apresentado foi conhecido como representação, por preencher os requisitos previstos no art. 237, inciso VII, do RI/TCU (parágrafo 5 desta instrução).

30. Restou comprovado ser inadmissível e incabível a prorrogação ou renovação do contrato de permissão lotérica sem prévia abertura de novo procedimento licitatório, implicando em afronta às prescrições constitucionais e legais acerca da concessão e permissão para exploração de serviços públicos, o que não pode ser convalidado por esta Corte de Contas (parágrafos 9 a 22 desta instrução).

31. Deve-se realizar diligência à Caixa para obtenção dos dados e documentos necessários à correta caracterização (qualificação, período de exercício, conduta, nexos de causalidade e culpabilidade) de toda a cadeia de responsabilidade dos gestores envolvidos na irregularidade verificada (realização de permissão lotérica sem procedimento licitatório, contrariando o disposto no art. 175 da CF/88), a fim de permitir a audiência dos responsáveis para apresentarem razões de justificativa (parágrafo 26 desta instrução).

32. Afigura-se adequado oportunizar a oitiva da Federação Brasileira das Empresas Lotéricas (Febralot) e da Federação Nacional dos Agentes Lotéricos (Fenal), para que, querendo, manifestem-se sobre os fatos apontados na presente representação (parágrafo 28 desta instrução).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

33. Pelo exposto, submete-se o presente processo à consideração superior, propondo a adoção das seguintes medidas:

33.1. com base no art. 157 do Regimento Interno do TCU, realizar diligência junto à Caixa Econômica Federal para que:

33.1.1. envie cópia do processo relativo à reformulação na gestão da rede lotérica que culminou com a aprovação e formalização do aditivo ao termo de responsabilidade e compromisso assinado em

janeiro de 1999 com as 6.310 casas lotéricas então em funcionamento, indicando, caso não conste no âmbito do referido processo, os dirigentes responsáveis pela condução de tal reformulação e os documentos que subscreveram;

33.1.2. manifeste-se, à luz do art. 175 da Constituição Federal de 1988 e das Leis 8.666/93 e 8.987/95, acerca da necessidade de realizar os levantamentos e avaliações indispensáveis à revogação das 6.310 permissões lotéricas aditadas sem licitação em janeiro de 1999 e à organização da(s) licitação(ões) que deverá(ão) preceder a outorga das permissões lotéricas a fim de substituir os referidos contratos;

33.2. com fulcro no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal de 1988, oportunizar a oitiva da Federação Brasileira das Empresas Lotéricas (CNPJ 04.437.933/0001-00) e da Federação Nacional dos Agentes Lotéricos (CNPJ 64.180.987/0001-56), para que, querendo, manifestem-se sobre os fatos apontados na presente representação.

2ª Secex - 2ª Diretoria, em 25/11/2011.

(Assinado eletronicamente)
Walisson Alan Correia de Almeida
AuFC-CE, mat. 7.920-0