

Processo: TC 017.293/2011-1

Tipo de processo: Representação

Representante: Ministério Público junto ao TCU - MP/TCU

Unidade jurisdicionada: Caixa Econômica Federal

Procuradores/Advogados: Adam Luiz Alves Barra, OAB/DF 19.786, e outros pela Caixa (peça 71); Celita Oliveira Sousa, OAB/DF 3.174, e outros, com substabelecimento para Evelin Lisboa de Carvalho, OAB/DF 10.193-E, pela Febralot (peças 34 e 35)

Interessado em sustentação oral: não há

Proposta: mérito

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 (TRC) existente até então, alegando que o objetivo era ajustar os termos antigos às exigências da nova lei, sem processo licitatório, concedendo prazo de 240 meses (20 anos) para cada termo. Toda a rede lotérica existente até então - cerca de 6.300 unidades lotéricas - teria sido 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 TRC 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).
7. Em nova instrução (peça 23), esta Unidade Técnica concluiu que era 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 permissão para exploração de serviços públicos, o que não podia ser convalidado por esta Corte de Contas.
8. Deste modo, foi proposta a realização de diligência à Caixa para obtenção de informações e documentos relativos ao processo que culminou com a aprovação e formalização do multicitado

aditivo, bem como manifestação da Caixa acerca da necessidade de revogar as 6.310 permissões lotéricas aditadas sem licitação em janeiro de 1999, em face do impacto de possível determinação do TCU nesse sentido. Também se entendeu adequado, pelo mesmo motivo, oportunizar a oitiva da Federação Brasileira das Empresas Lotéricas (Febralot) e da Federação Nacional dos Agentes Lotéricos (Fenal), para que, querendo, pudessem se manifestar sobre os fatos apontados na presente representação. Tais propostas foram aprovadas e efetivadas mediante delegação de competência pelo Secretário da 2ª Secex (peças 24-27).

EXAME TÉCNICO

9. Novos elementos apresentados pela Caixa (peças 44 e 45).

9.1. Devido à crise no setor financeiro nacional nas décadas de 1980 e 1990, a Caixa foi pressionada a oferecer serviços de recebimento de contas na rede lotérica, especialmente as de concessionárias de serviços públicos (água, luz e telefone), sendo que tal possibilidade já existia desde a circular 220/73 do Banco Central do Brasil (Bacen).

9.2. Este era o quadro existente à época do discutido aditivo, sendo que a Caixa optou pela continuidade da rede já existente considerando ainda vários fatores, tais como:

9.2.1. falta de atendimento à população “desbancarizada”, que ficaria sem ter onde pagar suas contas em muitos municípios brasileiros, especialmente os mais distantes que estavam desassistidos de rede bancária ou não eram atendidos pelos bancos existentes;

9.2.2. investimentos feitos pelos proprietários das casas lotéricas existentes;

9.2.3. quantidade de empregos gerados pela rede lotérica que, mesmo temporariamente, causaria grande problema social/financeiro às famílias desses funcionários;

9.2.4. forte papel social desempenhado pela rede, já capacitada para atender a população menos favorecida de recursos financeiros;

9.2.5. quantidade de ações na justiça por parte dos então proprietários, organizados em sindicatos e federações nacionais com forte atuação nos meios políticos, o que geraria indenizações aos lotéricos e prejuízos à Caixa e à União;

9.2.6. somente em 2002 a figura do correspondente não-bancário (farmácias, mercados, etc) passaram, efetivamente, a exercer esse papel junto a comunidade, o que a rede lotérica já fazia desde 1993.

9.3. O art. 175 da CF/88 estava delineado a partir da norma programática e de efeito limitado desse dispositivo, não bastando sua redação para a coercitividade plena e imediata.

9.4. O art. 42 da Lei 8.987/95 dispunha que as concessões de serviço público outorgadas anteriormente à entrada em vigor da lei, aí incluídos os lotéricos enquanto correspondentes bancários, continuavam válidas pelo prazo contratual ou ato de outorga.

9.5. Embora admitindo que o art. 42, § 1º, da Lei 8.987/95, estabelecia que o poder concedente deveria proceder a licitação no vencimento do prazo das concessões, entendeu-se que, em certas circunstâncias, o rompimento drástico poderia acarretar descontinuidade na prestação dos serviços, vulnerando o princípio trazido no art. 3º, inciso I, da Lei 9.074/95.

9.6. O rompimento dos contratos de concessão a lotéricos acarretaria os seguintes prejuízos:

9.6.1. fortes impactos no pagamento dos programas da rede de proteção social do Governo Federal, como o Programa Bolsa Família, que atende hoje mais de 13 milhões de famílias carentes do país, cujo atendimento é feito em quase sua totalidade pela rede lotérica;

9.6.2. impacto no atendimento, provocando descumprimento das leis municipais e estaduais de tempo máximo de espera por todos os bancos, além de um grande desconforto à sociedade brasileira,

em decorrência da volta à rede bancária dos pagamentos de contas de serviços públicos (água, luz e telefone), uma vez que cerca de 80% dos recebimentos atualmente são feitos pela rede lotérica;

9.6.3. prejuízos para a sociedade e impacto em toda a rede bancária, haja vista que atualmente a rede lotérica recebe uma média mensal de 35 milhões de boletos de cobrança de outros bancos;

9.6.4. impacto na arrecadação de jogos com a consequente redução de repasse de recursos aos programas sociais do Governo Federal;

9.6.5. retorno de vários municípios brasileiros, notadamente os mais carentes, à condição de municípios desassistidos de serviços bancários, impedindo tais comunidades de acesso aos serviços, vez que, em muitos deles, a única presença bancária é a unidade lotérica da Caixa;

9.6.6. insegurança jurídica generalizada em todo o país pela quebra de 6.310 contratos assinados, em vigor e com prazo de vencimento somente em 2018;

9.6.7. uma gama enorme de ações por perdas e danos em decorrência da quebra de contrato, atraindo prejuízos incalculáveis à Caixa e aos cofres públicos;

9.6.8. possibilidade de ação na justiça contra a nova licitação das 6.310 unidades lotéricas por parte dos atuais permissionários, paralisando todo o processo e prejudicando ainda mais a sociedade pela falta da prestação de serviços.

9.7. Os números da rede lotérica em 2011, sendo um total de 4.484.712.427 transações (a maior parte, 68%, em jogos) e R\$ 216.897.762.343,87 (a maior parte, 44%, em arrecadação de boletos de outros bancos), serve para mensurar o tamanho do impacto, em adição aos prejuízos anteriormente listados.

9.8. Aplica-se à espécie a teoria do fato consumado, concebida pela doutrina e agasalhada por nossos pretórios para justificar, excepcionalmente, a manutenção dos efeitos de atos administrativos eventualmente falhos, o que se faz em consideração à legítima expectativa dos administrados, com fulcro no princípio da segurança jurídica.

9.9. Enfim, a partir do mesmo ano da assinatura do referido aditivo, a Caixa passou a licitar todas as novas unidades lotéricas existentes, que hoje somam aproximadamente 11.000 lojas.

10. Novos elementos apresentados pela Febralot (peça 51).

10.1. A Federação Brasileira das Empresas Lotéricas (Febralot) é a representante exclusiva da categoria dos lotéricos de todo o país, por ser a única entidade sindical de âmbito nacional, e, assim, possui a prerrogativa de defender os direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria e de seus membros, com amparo no art. 8º, incisos II e III, da CF/88.

10.2. A regulamentação da venda de loterias por meio de pessoas credenciadas pela Caixa teve o seu advento com a publicação do Decreto-Lei 204/67, e que, deste modo, em 1967 foram feitos os credenciamentos, incluindo aquelas pessoas que já vendiam bilhetes de loterias, grande parte desde 1962, ou seja, tudo antes da vigência da CF/88.

10.3. Se os ajustes fossem rescindidos em 1999, a Caixa teria que pagar os custos de desmobilização, na média de R\$ 20.000,00 por lotérico à época, e que hoje, transcorridos 12 anos da data da prorrogação, acarretaria um elevado dispêndio para a Caixa e prejuízo para a sociedade, o que seria certamente um desserviço social.

10.4. A Caixa não outorgou permissões sem licitação após a CF/88. Os credenciamentos são anteriores à CF/88 e eram por prazo indeterminado, como permitia a lei de então e ainda permite a lei vigente, haja vista que, nos termos do art. 2º da Lei 8.987/95, a exigência de prazo determinado está prevista apenas para as concessões, não para as permissões.

10.5. Ademais, nos termos dos arts. 40, 42 e 43 da Lei 8.987/95, vê-se que são aplicáveis às permissões o disposto na lei, que as concessões anteriores à vigência da lei são consideradas válidas

pelo prazo fixado no contrato e que somente as concessões outorgadas sem licitação após a vigência da CF/88 é que ficam extintas. Assim, entende-se que são garantidos aos lotéricos os direitos sobre a prorrogação de prazo de vigência e que a lei não determina a extinção das permissões, as quais envolvem muito menos complexidade. Mesmo nas concessões de muita complexidade, a Lei 9.074/95, que alterou partes da Lei 8.987/95, passou a prever prazo de até 25 anos de vigência para os contratos de concessão.

10.6. Considerando que os credenciamentos que foram objeto de prorrogação são todos anteriores à vigência da CF/88, não se aplica ao caso concreto o entendimento esposado na representação, mas sim o texto da lei, em obediência ao princípio da legalidade, motivo pelo qual não há amparo legal para serem consideradas extintas.

10.7. O disposto no art. 3º, inciso IV, da Lei 9.074/95, está de acordo com o Decreto-Lei 204/67, uma vez que dá preferência a pessoas de baixa renda e portadoras de necessidades especiais, dentre outros, para a venda de bilhetes lotéricos.

10.8. A venda de bilhetes de loterias constitui-se em mera atividade comercial, não podendo ser enquadrada como serviço público nos termos do art. 175 da CF/88, posto que se resume a uma opção dos administrados e não numa obrigação do Estado, não sendo possível considerar como recepcionada a expressão “serviço público” constante do Decreto-Lei 204/67.

10.9. A prorrogação dos contratos feita pela Caixa, por um prazo que pudesse permitir aos lotéricos o retorno dos seus investimentos, foi um ato correto, responsável, moral, justo e coerente com as normas legais.

10.10. Se fosse imposta a lei ordinária, teria que ser aplicado o art. 79, inciso III, da Lei 8.666/93, com a sua determinação de que nos casos de rescisão sem culpa do contratado, como seria a hipótese nesse caso, o contratado seria ressarcido dos prejuízos, tendo ainda direito ao pagamento do custo de desmobilização.

10.11. A exigência de padronização das lotéricas, de acordo com um levantamento realizado pela Caixa após a edição da Lei 8.987/95, representou, em muitos casos, altos investimentos, e não apenas R\$ 20.000,00. O atendimento a tal exigência foi contratada por meio de TRC sem prazo fixado. Após alguns entendimentos, a Caixa promoveu a assinatura do discutido aditivo para fixar o prazo de vigência da outorga, bem como para conferir o prazo necessário ao retorno do custo de mobilização, tudo com o objetivo de observar o disposto no art. 57, § 3º, da Lei 8.666/93.

10.12. O Código Civil aplica-se às relações comerciais mantidas entre a Caixa e os lotéricos, motivo pelo qual devem ser observados os princípios da probidade, da boa-fé e da vedação ao enriquecimento sem causa, expressamente previstos nos arts. 422 e 884 do Código.

10.13. Em casos como o que ora se apresenta, a doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro esclarece que é devida a indenização: “não obstante seja de sua natureza a outorga sem prazo, tem a doutrina admitido a possibilidade de fixação de prazo, hipótese em que a revogação antes do termo estabelecido dará ao permissionário direito à indenização; é a modalidade que Hely Lopes Meirelles (1996:354) denomina de permissão condicionada e Cretella Junior (1972:112-113) de permissão qualificada”.

10.14. As outorgas concedidas pela Caixa aos lotéricos antes da CF/88 devem ser interpretadas à luz do art. 160 da Constituição Federal de 1967, que sequer fazia alusão ao instituto da permissão ou exigia procedimento licitatório. A implantação de um Estado Democrático de Direito antes não existente exige que esse mesmo Estado adote medidas para adequar as relações jurídicas comerciais estabelecidas anteriormente.

10.15. Os contratos antigos, celebrados antes da CF/88, mais se assemelham a autorizações, tanto que eram firmados TRC e não contratos de adesão, que com a edição da Lei 8.987/95 passou a ser exigido para as permissões. A comercialização de produtos lotéricos é uma modalidade de delegação

discrecionária, que em princípio não exige licitação, tendo suas condições sujeitas a modificação ou supressão sumária dada a sua precariedade, conforme esclarecimentos do doutrinador Hely Lopes Meirelles.

10.16. A representação não considerou que a celebração dos TRC ocorreu sob a égide dos arts. 20 e 21 do Decreto-Lei 204/67, que permitiam à Caixa credenciar diretamente as pessoas físicas ou jurídicas como revendedoras dos bilhetes de loteria, sem a fixação de nenhum prazo.

10.17. Enfim, deve ser considerado que as 6.310 empresas lotéricas que assinaram o aditivo em questão possuem como sócios pessoas com a faixa etária de mais de 50 anos, com famílias que deles dependem e com mais de 50.000 empregados, contribuindo sobremaneira com a arrecadação de tributos para o Estado, bem como recolhimentos de encargos trabalhistas e previdenciários, sendo, inclusive, a principal ferramenta do Governo na execução dos seus programas sociais.

11. Novos elementos apresentados pela Fenal (peça 33).

11.1. Deve-se registrar que a Federação Nacional dos Empresários Lotéricos (Fenal) informou que não pode “dar maiores esclarecimentos a respeito do assunto”, em consonância com o arguido pela Febralot no parágrafo 10.1 supra.

12. Análise.

12.1. A presente instrução tem como foco analisar os novos elementos apresentados pela Caixa e pela Febralot e verificar se tais informações alteram de alguma forma a conclusão anteriormente coligida (12.2 infra). Em caso negativo, esta Unidade Técnica deve apurar a responsabilidade pela irregularidade (12.3 infra), bem como propor uma solução para adequar os 6.310 termos aditados em janeiro de 1999 sem procedimento licitatório aos ditames constitucionais e legais (12.4 infra).

12.2. Mérito da questão.

12.2.1. A alegação da Febralot de que o serviço de loterias não se enquadra como serviço público é absolutamente improcedente. O art. 1º do Decreto-Lei 204/67 está de acordo com o atual ordenamento jurídico, portanto foi sim recepcionado. Ademais, o próprio site da Caixa, na seção de “Perguntas Frequentes”, esclarece:

Por que a Unidade Lotérica funciona sob regime de permissão?

Porque a exploração das loterias federais é um serviço público da União, delegado à Caixa Econômica Federal pelo [art. 2º, alínea “d”, do] Decreto-Lei 759, de 12/08/69.

12.2.2. Vale explanar ainda que os serviços de loteria, por admitirem a delegação/outorga de sua prestação, são considerados serviços de utilidade pública (segundo o critério da essencialidade), impróprios do Estado (pelo critério da adequação) e *uti singuli* (critério do destinatário).

12.2.3. Diferentemente do arguido pela Febralot, a delegação dos serviços lotéricos não se assemelham a autorizações, que mantêm sua natureza jurídica de ato administrativo precário e discrecionário, recomendando-se a sua utilização para os serviços que apresentem menor complexidade, nem sempre remunerados por meio tarifário.

12.2.4. Por outro lado, é certo que a CF/88 criou certa controvérsia ao ditar que as permissões seriam formalizadas por contrato. Para definir o conceito de precariedade, é preciso considerar dois sentidos do vocábulo: inexistência de prazo e revogabilidade.

12.2.5. Nesse contexto, a doutrina passou a identificar dois tipos de permissões: uma própria ou simples, que não tem prazo e pode ser revogada sem ensejar indenização; e outra imprópria, qualificada, condicionada, diferenciada ou de norma excepcional, em que há prazo de duração fixado e enseja maiores garantias ao permissionário, como as de ser indenizado em certos casos, deixando de ser absoluta a discrecionabilidade da Administração (CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. 1ª ed, vol. VIII. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993).

12.2.6. Embora reconheça a existência da permissão condicionada, a jurisprudência do STJ evoluiu no sentido de que, “mesmo tendo em comum a prévia licitação, a permissão permanece como precária e alterável por iniciativa da Administração, enquanto a concessão garante a revisão de cláusulas” (ementa do REsp 400.007/MG).

12.2.7. Já a jurisprudência do STF leciona que, mais importante do que se ater ao rótulo do instituto, é observar sua natureza jurídica, inferindo que não há diferenciação entre os institutos da concessão e da permissão condicionada de serviço público, uma vez que ambos têm natureza jurídica de contrato administrativo (ADI 1.491/DF e RE 183.180/DF).

12.2.8. Independentemente do rótulo do instituto e da sua natureza, a prorrogação foi irregular, devido à ausência da necessária licitação. O aditivo é viciado na origem. A falha é insanável, porque a exigência constitucional e legal de realização de licitação não foi cumprida.

12.2.9. Diversamente do mencionado pela Febralot, esta representação não questiona a validade dos credenciamentos originalmente assinados (1962, 1967 ou em qualquer época que seja), tampouco pugna pela sua extinção.

12.2.10. Como já dito, este processo cuida exclusivamente de verificar a regularidade do aditivo assinado em janeiro de 1999 com as 6.310 casas lotéricas então em funcionamento. Isso implica dizer que está sendo verificado se a assinatura do aditivo, em janeiro de 1999, estava de acordo com o ordenamento jurídico vigente, então sob a égide da CF/88, aplicando-se ao caso, mais especificamente, as Leis 8.666/93 e 8.987/95.

12.2.11. Para encerrar definitivamente a polêmica, pertinente colacionar excerto do voto do Relator da ADI 3.521/PR (peça 54), julgada pelo STF em 28/9/2006:

10. O texto da Constituição do Brasil é claro: “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” (artigo 175, *caput*). Não obstante, a [ação/norma questionada] permite que o vínculo que relaciona as empresas que atualmente prestam serviços públicos com a Administração estadual seja mantido, ainda que essa prestação se dê em condições irregulares. As permissões ou autorizações exauridas devem ser extintas e as irregulares revogadas. Poder-se-ia dizer que o preceito busca garantir a segurança jurídica e a continuidade do serviço público. Mas não há respaldo constitucional que justifique a prorrogação desses atos administrativos além do prazo razoável para a realização dos devidos procedimentos licitatórios. Segurança jurídica não pode ser confundida com conservação do ilícito. Não é para tanto que ela se presta.

11. Lembro neste passo observação de MARÇAL JUSTEN FILHO, ao comentar o artigo 42 da Lei n. 8.987 (...):

‘Sob outro enfoque, a prorrogação do prazo traduzir-se-ia em meio de impedir a aplicação da lei nova. Desse modo, seria frustrada a determinação normativa acerca da observância de certas regras na outorga de concessões. Supondo-se que a decisão de prorrogar derivasse de juízo de conveniência do Estado, ter-se-ia de reconhecer que a margem de liberdade de que os agentes públicos podem gozar encontra limites na Constituição e na lei. A Constituição impõe a realização de licitação prévia à outorga da concessão. A Lei n. 8.987 estabelece as condições a serem observadas nas licitações e o regime jurídico próprio. Não há cabimento de frustrar a incidência dessas determinações através de um juízo de conveniência orientado a dar continuidade à situação anterior. Há dados objetivos no sentido de que a conveniência para o interesse público reside em realizar licitação e sujeitar a concessão ao regime da lei vigente’.

12. Vislumbro, destarte, inconstitucionalidade material no preceito em análise. (grifo posto)

12.2.12. Por último, diga-se que a atuação de Caixa no sentido observar fielmente as prescrições constitucionais e legais não vai contra os princípios da probidade, da boa-fé e da vedação ao enriquecimento sem causa, previstos nos arts. 422 e 884 do Código Civil.

12.2.13. Deste modo, a conclusão anteriormente coligida, já embasada em jurisprudência deste TCU e do STJ (peça 23, parágrafos 13-17), foi reforçada pela supracitada jurisprudência do STF,

inferindo-se ser, de fato, 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 (peça 23, parágrafo 30).

12.3. Responsabilização.

12.3.1. Preliminarmente, registre-se que esta 2ª Secex, com grande zelo, demandou da Caixa, por telefone, *e-mails* e ofícios de diligência, os elementos necessários para a correta caracterização de toda a cadeia de responsabilidade dos gestores envolvidos prorrogação das permissões lotéricas sem procedimento licitatório.

12.3.2. Todavia, em sua última informação, ofício 19/2012-DEEST (peça 68), a entidade respondeu que “as CI GEALO/GELOT 35/97, de 27/7/97, e CI GEALO 125/98, de 24/4/98, não foram localizadas” e que “após inúmeras consultas e buscas internas (...) não foram localizados os atos e deliberações por meio dos quais foram autorizados os aditivos das permissões”.

12.3.3. Ocorre que, ante a gravidade dos fatos, a irregularidade verificada exige a realização de audiência dos responsáveis para apresentarem suas razões de justificativa, conforme disposto no art. 43, inciso II, da Lei 8.443/92, não podendo esta Corte quedar-se inerte quanto a isso. Deste modo, far-se-á a apuração de responsabilidade com base nos documentos atualmente encartados nos autos.

12.3.4. Em primeiro lugar, deram causa ao ocorrido os advogados da Caixa que subscreveram a nota jurídica 332/97, de 4/6/97, e a nota técnica 245/98, de 5/5/98 (peça 10, p. 4-9).

12.3.5. De um modo geral, esta Corte sempre defendeu que o procurador jurídico que emite pareceres sobre atos administrativos está sujeito ao controle externo exercido pelo TCU. Esta linha de jurisprudência ganhou força após a prolação do Mandado de Segurança 24.584/DF, julgado em 9/8/2007 pelo STF, que entendeu cabível a responsabilização perante o TCU de procuradores jurídicos que emitam pareceres eivados de vícios de ilegalidade.

12.3.6. No mesmo sentido já seguia a doutrina:

“Há dever de ofício de manifestar-se pela nulidade, quando os atos contenham efeitos. Não é possível os integrantes da assessoria jurídica pretenderem escapar aos efeitos da responsabilização pessoal quando tiverem atuado defeituosamente no cumprimento de seus deveres: se havia defeito jurídico, tinham o dever de apontá-lo.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 379.)

12.3.7. No corrente caso, nenhuma das duas notas apontou a irregularidade do aditivo, devido à ausência da necessária licitação, exigida pela CF/88 e pelas Leis 8.666/93 e 8.987/95. Deste modo, tais pareceres subsidiaram a prática de atos irregulares e com grave infração ao ordenamento jurídico.

12.3.8. Na nota jurídica 332/97, os Srs. Carlos Antônio Silva, Dalide Barbosa Alves Correa e Neiva de Fátima Pereira afirmaram que “a minuta está adequada para o atendimento do fim buscado” e que “a presente minuta não merece qualquer reparo pelo ponto de vista jurídico” (peça 10, p. 4-5). Na nota técnica 245/98, as ressalvas feitas pelo Sr. Carlos Antônio Silva foram apenas no sentido de preservar as prerrogativas da Caixa em face do caráter de precariedade e unilateralidade do instituto da permissão (peça 10, p. 6-9).

12.3.9. Com isso, infere-se que as notas destoam das razoáveis exegeses acerca do assunto tratado nestes autos, contrariando normativos básicos do ordenamento jurídico pátrio que exigiam a realização do devido processo licitatório. Ademais, considera-se que os advogados não atuaram com o mínimo de zelo indispensável, nem cumpriram de forma correta seu dever de ofício, dando aval à ilegalidade praticada, motivo pelo qual devem ser chamados em audiência.

12.3.10. E em segundo lugar, também devem responder pela irregularidade os gerentes da Caixa que subscreveram a CI GEADE/GEARE 25/99, de 27/1/99 (peça 45, p. 83-84), que, na prática, disponibilizou o termo aditivo ao TRC firmado com os 6.310 empresários lotéricos então existentes.

12.3.11. Consta na supracitada CI que o documento teria por suposta finalidade “adequar a relação comercial existente entre a CAIXA e os atuais Empresários lotéricos à legislação vigente”. Todavia, conforme amplamente exposto nesta instrução e na antecedente (peça 23), a formalização do termo aditivo fez justamente o contrário do que se propunha: ignorou os preceitos constitucionais e legais regentes da matéria ao prorrogar as permissões lotéricas sem procedimento licitatório.

12.3.12. Foi por meio da CI GEADE/GEARE 25/99, subscrita pelos Srs. Márcio Tancredi e Mário Ferreira Neto, Gerentes de Área de Desenvolvimento Empresarial (GEADE) e de Rede de Comercialização (GEARE), respectivamente, que o termo aditivo em discussão foi, de fato e efetivamente, disponibilizado para formalização os empresários lotéricos, concretizando o ato praticado com grave infração à norma legal, motivo pelo qual devem ser chamados em audiência. Anote-se que esses gestores são os mesmos que assinaram CI GEADE/GEARE 15/99, de 21/1/99 (peça 45, p. 89-111), mencionada no item 1 da CI GEADE/GEARE 25/99.

12.3.13. Finalmente, vale registrar que não foram identificados elementos que apontem para a responsabilização de membros da diretoria. Constam dos autos quatro Resoluções da Diretoria, a seguir detalhadas:

12.3.13.1. Ata 1.309, de 15/1/97 - Autoriza a implantação do Projeto de Reformatação do sistema comercial CEF / Rede de Lotéricos, nos termos do VO GEALO 02/96 (peça 45, p. 1-19).

12.3.13.2. Ata 1.353, 25/9/97 - Aprova a adequação da estrutura de gestão do negócio Loterias, nos termos do VO GEALO 534/97 (peça 45, p. 20-74).

12.3.13.3. Ata 1.394, 28/9/98 - Aprova a proposta de alteração da Circular 125/98, nos termos do VO GEALO 501/98 (peça 45, p. 165-194).

12.3.13.4. Ata 1.400, 12/11/98 - Estabelece novos critérios para a seleção de Empresários Lotéricos, promovendo a alteração no edital e na Circular aprovada, nos termos do VO GEADE 649/98 (peça 45, p. 135-164).

12.3.14. Em nenhum dos votos, incluindo seus anexos, há menção ao aditivo ora discutido. Deste modo, não é possível imputar responsabilidade acerca da ilegalidade cometida sobre os membros da diretoria colegiada ou sobre os diretores que relataram/formularam os retrocitados votos.

12.4. Situação dos credenciamentos irregularmente aditados (prorrogados).

12.4.1. Na instrução anterior (peça 23, parágrafos 23-25), esta Unidade Técnica vislumbrou que a solução final por ocasião do mérito seria: 1) autorizar, em caráter excepcional e por um período máximo de até 12 meses, a manutenção dos 6.310 TRC 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.

12.4.2. Ouvida em diligência, a Caixa não se manifestou especificamente sobre tal solução, especialmente no tocante aos prazos divisados. A estatal, talvez mais ciente da irregularidade cometida, pouco procurou justificar o aditamento realizado, e, quando o fez, apoiou-se na necessidade de garantir a continuidade na prestação dos serviços públicos. Em sua maior parte, a réplica da Caixa elencou os benefícios que teriam advindos da decisão de realizar o aditamento, bem como os prejuízos que ocorreriam caso fossem revogadas as permissões em comento.

12.4.3. Ocorre que, conforme análise empreendida na instrução anterior e no item 12.2 supra, restou patente que as permissões aditadas sem licitação em janeiro de 1999 não poderiam ser prorrogadas sem o devido procedimento licitatório. E mais, os princípios da segurança jurídica e da garantia da continuidade na prestação dos serviços públicos não se prestam a malogar a incidência da lei, nem a preservar o ato ilícito. Também é certo que quanto melhor for o planejamento empregado

pela Caixa para realizar a transição das permissões, a fim de atender aos ditames legais, menor será o eventual impacto na continuidade dos serviços.

12.4.4. Ademais, acerca de eventuais ônus que poderiam advir em decorrência de indenizações demandadas na via judicial, é de suma importância trazer à baila o REsp 403.905/MG (peça 55), julgado pelo STJ em 26/3/2002, assim ementado:

5. Não havendo a licitação, a fim de garantir licitude aos contratos administrativos, pressuposto, portanto, para a sua existência, validade e eficácia, não pode se falar em concessão e, por consequência, nos efeitos por ela produzidos.

6. As relações contratuais do Poder Público com o particular são desenvolvidas com obediência rigorosa ao princípio da legalidade. Ferido tal princípio, inexistente direito a ser protegido, para qualquer das partes, além de determinar responsabilidades administrativas, civis (improbidade administrativa) e penais, quando for o caso, para o administrador público.

7. Em razão do uso indiscriminado das permissões de serviço público, é de se lhe atribuir efeitos análogos aos do instituto da concessão de serviço público quando a complexidade da atividade deferida por meio daquele instituto seja de tal monta que exija um longo prazo para o retorno dos altos investimentos realizados no intuito de viabilizar a sua prestação.

8. Este direito está condicionado à licitude da atividade prestada pelo permissionário, de modo que, ausente prévio procedimento licitatório, não há que se falar em manutenção do equilíbrio econômico-financeiro que nele deveria ser estipulado, cabendo ao permissionário, em atenção ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular e à sua inexistente boa-fé, suportar os ônus decorrentes de uma ilegalidade que lhe favoreceu.

12.4.5. De se relembra também que todas as circulares da Caixa versando sobre a regulamentação das permissões lotéricas sempre estipularam que o revendedor não tem direito de reclamar qualquer indenização quando a permissão for revogada por deliberação da Caixa. Nessa linha, os itens 7.2.3 do anexo II da circular 50/95 (peça 56, p. 12), 7.2.1 do anexo II da circular 60/95 (peça 56, p. 26), 5.2.4 do anexo II da circular 125/98 (peça 56, p. 40), 24.6 da circular 153/98 (peça 56, p. 54), dentre outros.

12.4.6. A solução citada no parágrafo 12.4.1 supra seguiu o raciocínio utilizado nos TC's 013.889/1994-0 e 012.751/2002-7, pois, também no presente caso, considera-se não ser produtor improprio a revogação imediata de todas as 6.310 permissões aditadas sem licitação em janeiro de 1999, quando, depois de 13 anos em vigor, pode-se conceder excepcionalmente mais algum prazo para manutenção de tais contratos.

12.4.7. Assim, será adotada nesta instrução a referida proposta, no sentido de autorizar em caráter excepcional a manutenção dos credenciamentos irregularmente prorrogados e de assinar prazo para que a Caixa proceda a(s) licitação(ões) que precederá(ao) a outorga das permissões lotéricas que irão substituí-los. Todavia, levando em conta os impactos sociais arguidos pela Caixa e pela Febralot, e visando contribuir ainda mais para a transição pacífica e ordenada das permissões irregulares, será proposto um prazo de 24 meses.

12.4.8. Por último, na linha do art. 250, § 6º, do RI/TCU, entende-se que as audiências só devem ser efetivadas após deliberação sobre o mérito da questão. Ademais, considerando a relevância jurídica da matéria tratada, o que dispõe o art. 81 da Lei 8.443/92 e, principalmente, o fato de que esta representação foi ofertada pelo Procurador-Geral Lucas Rocha Furtado, conclui-se cabível propor que os autos sejam encaminhados para manifestação do Ministério Público junto ao TCU.

CONCLUSÃO

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

14. 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 (parágrafo 12.2 desta instrução).

15. Devem responder pela irregularidade os advogados da Caixa que subscreveram a nota jurídica 332/97, Srs. Carlos Antônio Silva, Dalide Barbosa Alves Correa e Neiva de Fátima Pereira, e a nota técnica 245/98, Sr. Carlos Antônio Silva, e os gerentes da Caixa que disponibilizaram o termo aditivo por meio da CI GEADE/GEARE 25/99, Srs. Márcio Tancredi e Mário Ferreira Neto (parágrafo 12.3 desta instrução).

16. Será adotada proposta no sentido de autorizar em caráter excepcional a manutenção dos credenciamentos irregularmente prorrogados e de assinar prazo para que a Caixa proceda a(s) licitação(ões) que precederá(ao) a outorga das permissões lotéricas que irão substituí-los (parágrafo 12.4 desta instrução).

17. Entende-se que a matéria demanda urgente decisão de mérito, motivo pelo qual as audiências devem ser realizadas em momento posterior à deliberação sobre a questão, e que os autos devem ser encaminhados para manifestação do Ministério Público junto ao TCU (parágrafo 12.4.8 desta instrução).

BENEFÍCIOS DO CONTROLE

18. Nos termos do art. 3º da Portaria-Segecex 10/2012, é possível registrar dois benefícios potenciais da presente ação de controle. Um benefício do tipo “Sanção aplicada pelo Tribunal”, tendo em vista as multas passíveis de serem aplicadas pelo TCU com fundamento no art. 58 da Lei 8.443/92.

19. O outro benefício é do tipo “Correção de irregularidades ou impropriedades”, haja vista a realização de licitação(ões) para a outorga das 6.310 permissões lotéricas em discussão. Atualmente, a licitação para comercializar, por meio de permissão, as loterias da Caixa é do tipo concorrência, critério de julgamento “maior oferta” da tarifa de permissão: no caso de “Unidade Simplificada de Loterias” (instalada apenas nos municípios onde não exista outra unidade lotérica), a oferta mínima é de R\$ 1.000,00; para o tipo “Casa Lotérica” (instalada em qualquer município), é de R\$ 10.000,00.

20. Deste modo, considerando que não há informação nos autos acerca do tipo das permissões lotéricas em comento, conclui-se adequado estimar o benefício da presente ação de controle em R\$ 34.705.000 (3155x1000 + 3155x10000), como se as permissões fossem igualmente de cada tipo, meio-a-meio, e arrematadas pela oferta mínima.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

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

21.1. com fulcro nos arts. 159, inciso V, e 250, § 6º, do Regimento Interno do TCU, considerar urgente o presente processo e dar-lhe tramitação preferencial, uma vez que a matéria demanda urgente decisão de mérito;

21.2. nos termos do art. 81 da Lei 8.443/92, solicitar manifestação do Ministério Público junto ao TCU;

21.3. autorizar, em caráter excepcional e por um período máximo de até 24 meses, a contar da ciência, pela Caixa Econômica Federal, do Acórdão que vier a ser proferido, a manutenção dos 6.310 termos de responsabilidade e compromisso aditados pela Caixa Econômica Federal em janeiro de 1999 com as entidades representativas da categoria lotérica para a exploração dos serviços lotéricos, sem procedimento licitatório;

21.4. à luz do art. 71, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, e do art. 45 da Lei 8.443/92, assinar prazo de 60 dias, a contar da ciência da notificação, para que a Caixa Econômica Federal apresente a este Tribunal plano de trabalho contendo planejamento e cronograma dos procedimentos necessários à realização dos 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 aquelas permissões, considerando que tal substituição não deverá exceder o prazo máximo de até 24 meses, a contar da ciência do Acórdão que vier a ser proferido;

21.5. com fulcro no art. 250, § 6º, do Regimento Interno do TCU, retornar os autos a esta Unidade Técnica após deliberação sobre a questão de mérito para que sejam realizadas, nos termos dos arts. 43, inciso II, e 58, inciso II, da Lei 8.443/92, as audiências dos responsáveis abaixo indicados para, no prazo de 15 dias, a contar da ciência da notificação, apresentarem razões de justificativas em virtude da formalização de aditivo ao termo de responsabilidade e compromisso com os 6.310 empresários lotéricos existentes em janeiro de 1999 sem a observância do devido processo licitatório, em afronta à Constituição Federal de 1988 e às Leis 8.666/93 e 8.987/95:

21.5.1. Srs. Carlos Antônio Silva (CPF 296.883.881-49), Dalide Barbosa Alves Correa (CPF 186.881.521-87) e Neiva de Fátima Pereira (CPF 366.260.406-00), advogados da Caixa, que subscreveram a nota jurídica 332/97, e Sr. Carlos Antônio Silva (CPF 296.883.881-49), advogado da Caixa, que subscreveu a nota técnica 245/98, aprovando a minuta do termo aditivo em questão, sem atentar para a irregularidade do mesmo, devido à ausência da necessária licitação, exigida pela Constituição Federal de 1988 e pelas Leis 8.666/93 e 8.987/95;

21.5.2. Srs. Márcio Tancredi (CPF 462.916.106-63) e Mário Ferreira Neto (CPF 010.141.058-11), Gerentes de Área de Desenvolvimento Empresarial (GEADE) e de Rede de Comercialização (GEARE), respectivamente, que subscreveram a CI GEADE/GEARE 25/99, disponibilizando o termo aditivo em discussão para formalização com os empresários lotéricos então existentes, sem atentar para a irregularidade do mesmo, devido à ausência da necessária licitação, exigida pela Constituição Federal de 1988 e pelas Leis 8.666/93 e 8.987/95;

2ª Secex - 2ª Diretoria, em 12/7/2012.

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