

VOTO

Em exame representação formulada pelo Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU, noticiando o aditamento, em janeiro de 1999, pela Caixa Econômica Federal, de 6.310 “Termos de Responsabilidade e Compromisso para Comercialização de Loterias Federais”. Por meio dos aditivos, o prazo de vigência das avenças, que inicialmente era indeterminado, foi fixado em 240 meses, prorrogável por igual período.

O representante informou que os termos de permissão originais não foram precedidos de licitação e, por isso, requereu a esta Corte de Contas adoção de medida tendente a apurar eventuais irregularidades.

Realizadas as diligências iniciais, a então 2ª Secex considerou necessários esclarecimentos complementares, razão pela qual foi solicitado à Caixa que apresentasse documentos relativos ao processo de aprovação e formalização dos aditamentos.

Foram ouvidas, ainda, a Federação Brasileira das Empresas Lotéricas - Febralot e a Federação Nacional dos Agentes Lotéricos - Fenal, para que, em nome de seus representados, exercessem os direitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

II

A Caixa acudiu à diligência, alegando, em resumo, que a opção pela manutenção da rede existente antes da promulgação da atual Constituição fundamentou-se, principalmente, na necessidade de garantir atendimento à população que não possui conta bancária e dos municípios carentes de instituições financeiras.

Alegou, ainda, possíveis problemas sociais que adviriam da rescisão das outorgas, tais como: demissão de grande número de empregados das permissionárias; aumento do tempo de espera nas agências bancárias; impacto na arrecadação dos jogos; e deficiências nos pagamentos dos programas de proteção social do Governo Federal.

Havia, também, segundo a Caixa, o receio de a empresa pública vir a ser obrigada, pelo Poder Judiciário, a indenizar os agentes lotéricos dos eventuais prejuízos decorrentes da decisão unilateral de rescindir os contratos.

A Febralot, na condição de representante exclusiva da categoria dos lotéricos do país, aduziu que, após a promulgação da Constituição vigente, a Caixa não outorgou permissões sem licitações. Afirmou que as outorgas objeto dos aditivos questionados neste processo são anteriores a 1988 e foram firmadas por tempo indeterminado. No entendimento da entidade, a lei não determinou a extinção dessas permissões e os lotéricos tinham direito à prorrogação do prazo de vigência de seus contratos.

Em complemento, a Federação afirma que a venda de bilhetes de loteria é atividade comercial e não serviço público e que as outorgas concedidas antes da CF/88 assemelham-se às autorizações que, como tal, prescindem de procedimento licitatório.

A Federação Nacional dos Empresários Lotéricos absteve-se de prestar esclarecimentos, ante a competência exclusiva da Febralot para tratar da matéria.

Após o envio dos autos ao meu Gabinete, a Caixa, em 26/3/2013, apresentou memorial (doc. 97) em que contesta proposta da unidade técnica, de fixação do prazo de 24 meses para a realização das licitações necessárias à substituição das permissões em exame neste processo.

No referido documento, a Caixa alega que a versão original da Lei nº 8.987/1995 não estabeleceu limite temporal à manutenção das permissões que vigoravam com prazo indeterminado e, por isso, aquela empresa pública, preocupada com a continuidade dos serviços, achou por bem definir o exercício de 2019 *“como marco para deflagração dos certames destinados à outorga das permissões que substituirão aquelas vigentes.”*

Alega que seria *“medida de rigor”* considerar que o aditamento das permissões violou a norma vigente, porquanto os respectivos termos, além de estabelecerem termo final para as permissões, impuseram regras relacionadas às atividades dos permissionários, com vistas a suprir as deficiências dos instrumentos originais, que dificultavam o controle dessas atividades.

Nesse sentido, assim manifestou-se a Caixa:

“se verificava, nesse seguimento, a insubordinação circunstancial de permissionários ao dever de exclusividade na execução de serviços públicos correlatos, debitado em parte à ausência de instrumentalização idônea, visto que os instrumentos de permissão celebrados no passo não continham especificidade consentânea com a dinâmica social e econômica enfrentada naquela oportunidade.”

Foram relatadas, também, as dificuldades enfrentadas pela Caixa na reformulação da estrutura da prestação de serviços lotéricos, notadamente no que refere à internalização e implantação do sistema *“on line real time”* das apostas lotéricas. A matéria foi objeto do TC 002.365/2004-3, no qual esta Corte reconheceu a problemática enfrentada pela instituição financeira, a partir de 2000, envolvendo a empresa GTECH, na reformulação da logística para as licitações tendentes a implementar mudanças na operacionalização das loterias.

Asseverou a Caixa que, apenas em 2007, mediante o § 3º do art. 42 da Lei nº 8.987/1995, introduzido pela Lei nº 11.445/2007, foi definido um marco temporal para a validade das outorgas realizadas sem licitação. Em que pese essa inovação, a instituição considerou recomendável a manutenção das diretrizes estabelecidas no exercício de 1999, amparando-se, sobretudo, no art. 3º da Lei nº 9.074/1995 e nas razões do veto do art. 38 da mencionada Lei, ou seja, na garantia da continuidade dos serviços.

Transcrevo, abaixo, a manifestação da Caixa acerca da decisão de manter as outorgas:

“Essa discussão perde qualquer substância diante do interesse público e social envolvido, diante da situação de fato que recomenda a manutenção das diretrizes primariamente estabelecidas no exercício de 1999, encerrando estrita obediência a ato jurídico perfeito, na relação mantida entre a CAIXA e parte considerável da estrutura de permissionários, permeada, sobretudo, pelas mesmas razões de interesse público que o motivaram o veto ao art. 38 da Lei nº 9.074, de 1995, já mencionada nesta manifestação.”

Com vistas a demonstrar a razoabilidade da decisão, a Caixa trouxe à colação dispositivos da Lei nº 9.074/1995, por meio dos quais o legislador, visando à continuidade dos serviços prestados à população, definiu prazos diferenciados para determinadas outorgas, relacionadas às concessões de estações aduaneiras e geração de energia elétrica.

Por fim, a Caixa pede o reconhecimento da improcedência da representação, por entender inexistirem ilicitudes em seus procedimentos, e pelo acolhimento do plano de substituição dos permissionários credenciados antes da atual Carta da República, anexo ao memorial.

Nos termos da referida proposta, observadas as condicionantes da lei de licitações e as regras orçamentárias, bem assim as questões que envolvem a instalação dos equipamentos e a capacitação dos permissionários e de seus funcionários, os certames licitatórios deverão ser realizados

em três etapas, abaixo indicadas, com previsão de que a empresa pública esteja com 100% de sua rede licitada em 31/12/2018:

Etapa	Nº de Contratos	Término da Licitação/Substituição
1ª	2063	28/12/2016
2ª	2066	29/12/2017
3ª	2067	28/12/2018

III

Inicialmente, deixo assente que, nestes autos, não se discute a validade dos termos de responsabilidade firmados entre a Caixa e as casas lotéricas, na vigência da constituição anterior. O que se pretende é avaliar a regularidade dos aditivos assinados em janeiro de 1999, com as 6.310 casas lotéricas que se encontravam em funcionamento, à época.

Para tanto, necessário rememorar os preceitos constitucionais e legais que estavam em vigor na ocasião em efetivados os aditamentos contratuais.

O art. 175 da Constituição Federal, de 1988, assim dispõe: *“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.”*

A exploração de loterias, conforme o art. 2º, alínea “d”, do Decreto-Lei nº 759/1969, é atividade exclusiva da Caixa, destinada a satisfazer interesses comuns dos integrantes da sociedade:

“Art 2º A CEF terá por finalidade:

(...)

d) explorar, com exclusividade, os serviços da Loteria Federal do Brasil e da Loteria Esportiva Federal nos termos da legislação pertinente;”.

Assim, pertinente a conclusão da instrução técnica, no sentido de que, por admitirem a delegação/outorga de sua prestação, os serviços lotéricos são considerados serviços públicos impróprios do Estado.

Nesse sentido, conforme o art. 1º do Decreto-Lei nº 204/1967 e a Circular CAIXA nº 539/2011, a relação comercial entre a empresa pública e o empresário lotérico está fundamentada no regime de permissão, por meio do qual é outorgada, de acordo com o potencial de mercado, a captação de apostas das loterias administradas pela Caixa e a prestação de outros serviços.

Consoante previsto no parágrafo único do art. 175 da Carta Magna, acima transcrito, a Lei nº 8.987/1995 passou a dispor sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, estabelecendo, entre outros, parâmetros relacionados aos contratos e suas correspondentes prorrogações e rescisões.

Nos termos do art. 40, c/c o 42, § 2º e § 3º, da referida lei, as concessões e as permissões cujos prazos fossem indeterminados ou estivessem vencidos permaneceriam válidas por período suficiente à realização dos procedimentos licitatórios para a formalização de novas avenças. A Lei, em sua redação original, definiu que esse prazo não seria inferior a 24 meses e, com a alteração promovida pela Lei nº 11.445/2007, atendidas determinadas condições, poderia estender-se, no máximo, até 31/12/2010.

O fato de a Lei nº 9.074/1995, em seu art. 3º, prever que o poder concedente, no cumprimento do art. 42 da Lei nº 8.987/1995, deveria zelar pela *“garantia da continuidade na*

prestação dos serviços públicos”, não torna lícitos os aditamentos ora analisados, ocorridos quatro anos após a edição das referidas leis.

Ao contrário, a modificação dos contratos, que eram por prazo indeterminado e passaram a vigor por 240 meses, representa descumprimento do dever legal de a Caixa, a partir da edição da Lei nº 8.987/1995, dar início aos procedimentos para substituição das permissões não precedidas de certame licitatório, na vigência da constituição anterior.

Nessa linha, a propósito, a decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 3.521, julgada em 28/9/2006, conforme se observa no trecho abaixo transcrito, extraído do voto do Relator, Ministros Eros Grau:

“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.” (grifo meu)

Portanto, não há dúvida de que os aditamentos analisados nestes autos foram firmados em desacordo com o art. 175 da Carta Magna e não observaram as disposições transitórias definidas na Lei nº 8.987/1995, cuja aplicação não estava sujeita ao juízo de conveniência do administrador.

Contudo, de acordo com a proposta formulada no memorial da Caixa, neste exercício deverão ter início medidas tendentes à expansão da rede lotérica dos municípios onde estão localizadas as permissões irregulares, para posterior instauração dos procedimentos licitatórios, em 2016, na forma do cronograma acima referido.

Com este propósito estabelecido, a Caixa admite a necessidade de licitar as permissões, sendo compatível tal proposição, em parte, com o encaminhamento sugerido pela unidade técnica, avalizado pelo representante do Ministério Público, no sentido de que os aditamentos em exame afrontaram o princípio da legalidade, fato que, consoante o art. 45 da Lei nº 8.443/1992, enseja a fixação de prazo para que o responsável adote providências com vistas ao cumprimento da Lei, no caso a revogação das permissões tratadas nestes autos.

Tal revogação, segundo a cláusula vigésima do termo aditivo, poderá acontecer a qualquer momento, *“a bem do interesse público”*, sem que a Caixa esteja obrigada a indenizar as permissionárias.

Todavia, julgo não ser conveniente que esses contratos sejam revogados imediatamente, o que, certamente, acarretaria solução de continuidade dos serviços e outros prejuízos de ordem social, a exemplo dos elencados na manifestação da Caixa.

A unidade técnica propõe que a transição ocorra no prazo de 24 meses, tempo consentâneo com o que o legislador considerou suficiente para o transcurso dos certames licitatórios, no art. 42, § 2º, da Lei nº 8.987/1995.

Todavia, esta Corte de Contas não pode desprezar a afirmação da Caixa, no sentido de que o cronograma por ela apresentado representa a melhor forma de garantir a preservação dos serviços, especialmente no que tange ao atendimento abrangente das populações de baixa renda e das áreas de

baixa densidade populacional, nas quais as permissões questionadas, via de regra, são o único meio de acesso aos serviços da instituição.

Por isso, diante do impasse que se apresenta, deve prevalecer o interesse público na preservação dos serviços, razão pela qual acolho o prazo requerido pela Caixa para execução das licitações das permissões que irão substituir as ora analisadas.

Nos termos propostos pela Secretaria, determino à Caixa que apresente plano de trabalho detalhado, relativo ao planejamento e execução das referidas licitações, a ser monitorado pelas equipes técnicas deste Tribunal.

Destarte, Voto no sentido de que o Tribunal acolha a minuta de acórdão que submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 17 de abril de 2013.

WALTON ALENCAR RODRIGUES

Relator