

GRUPO II – CLASSE VII – Plenário

TC 017.293/2011-1

Natureza(s): Representação

Órgão/Entidade: Caixa Econômica Federal - MF

Advogados constituído nos autos: Guilherme Lopes Mair (OAB/SP 241.701), Celita Oliveira Souza (OAB/DF 3.174), Lirian Souza Soares (OAB/DF 12.099) e Cely Souza Soares (OAB/DF 16.001).

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. IRREGULAR PRORROGAÇÃO DE PERMISSÕES LOTÉRICAS, NA VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO E DA LEI Nº 8.987/1995. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA REALIZAÇÃO DE LICITAÇÃO E REVOGAÇÃO DOS CONTRATOS INDEVIDAMENTE PRORROGADOS. ACOLHIMENTO DO PRAZO DEFINIDO PELA CAIXA.

## RELATÓRIO

Adoto, como Relatório, a percuciente análise realizada por auditor da então 2ª Secretaria de Controle Externo, que contou com a anuência dos dirigentes da unidade, vazada nos seguintes termos (Doc. 74):

*“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 conseqüente 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 discricionária, 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 explicar 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 discricionário, 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 discricionariedade da Administração (CRETILLA 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 STF 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 malograr 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 lembrar também que todas 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 produtora impor 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.”*

Acolhendo a proposta de encaminhamento da Secretaria, o representante do Ministério Público exarou o parecer abaixo transcrito, *in verbis*:

*Trata-se de representação formulada pelo MP/TCU acerca de possíveis irregularidades na prorrogação de permissões outorgadas pela Caixa para funcionamento de unidades lotéricas (peça 1).*

*Em síntese, a representação procura demonstrar a necessidade de licitação para outorga dessa espécie de permissão, de modo que seria ilegal a formalização do Termo Aditivo (ao Termo de Responsabilidade e Compromisso) que, atualmente, prorroga a vigência de cada contrato existente, sem licitação prévia, pelo prazo de 240 meses, prorrogáveis por igual período.*

*Após minudente análise, a 2ª Secex apresenta argumentos e conclusões que incorporo aos fundamentos deste parecer. Todavia, penso que cabem algumas observações.*

*Entendo que são pertinentes os argumentos da unidade técnica no sentido da necessidade de licitação prévia às permissões de funcionamento de unidades lotéricas. O ordenamento jurídico, incluindo o Decreto-lei nº 204/1967, já reconhecia como serviço público a exploração de loterias, mas admitia o credenciamento dos revendedores lotéricos sem processo prévio de seleção ou de licitação (arts. 1º, 20 e 21).*

*A Constituição Federal de 1988 derogou os dispositivos do referido Decreto-lei e de outras normas no que diz respeito à possibilidade de credenciamento direto dos revendedores de bilhetes de loteria, visto que, em seu art. 175, estabeleceu que os serviços públicos devem ser concedidos ou permitidos somente por intermédio de licitação.*

*Conforme enfatizado na peça de representação, a Circular Caixa nº 539, de 2/2/2011, regulamenta a permissão de Unidades Lotéricas, disciplinando que a licitação sempre deve ser realizada previamente à exploração dos serviços. Vejamos:*

#### **‘1 CONCEITOS**

*1.1 PERMISSÃO – é a outorga, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos feita pelo poder permitente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.*

*1.2 PERMISSÃO DE LOTERIAS – é a pessoa física ou jurídica vencedora de processo de licitação que firma Contrato de Permissão de loterias com a CAIXA.*

*(...)*

6.1.3 A permissão para a **CASA LOTÉRICA** é outorgada **por meio de licitação**.

(...)

6.3.5 A permissão para a **UNIDADE SIMPLIFICADA DE LOTERIAS** é concedida **por meio de licitação**.

(...)

7.1.4 A permissão para o **FIXO DE BILHETES** é concedida **por meio de licitação**.

(...)

7.2.4 A permissão para o **AMBULANTE DE BILHETES** é concedida **por meio de licitação**.

(...)

## 11 SELEÇÃO DAS PERMISSONÁRIAS

11.1 A seleção dar-se-á por localidade, mediante publicação do respectivo **Edital de Licitação** no Diário Oficial da União e nos meios de comunicação de grande circulação na região, considerado os lugares de interesse da CAIXA e seu potencial mercadológico.' (destacamos)

Interessante notar que, conforme a Circular Caixa nº 539/2011, diversas regras dirigidas aos permissionários devem ser estabelecidas nos editais licitatórios e, portanto, em tese, seriam aplicáveis somente se a permissão for precedida de licitação. Cito como exemplos os seguintes dispositivos:

'15.2.2 As Unidades Lotéricas oriundas de processo licitatório, deverão apresentar imóvel com as áreas úteis mínimas específicas para quichês e mesas de atendimento exigidas no **Edital de Licitação**, da qual se originaram.

(...)

19.2.3.1 As Unidades Lotéricas, oriundas de processo licitatório, estarão sujeitas aos prazos de carência para solicitação de alteração da composição social, bem como dos valores das taxas, previstos no **Edital de Licitação** da qual se originaram.

(...)

25.2.4 As Unidades Lotéricas oriundas de processo licitatório que solicitarem a revogação da permissão, estarão sujeitas a aplicação de multas e prazos, conforme previstos no **Edital de Licitação**, da qual se originaram.' (destacamos)

A prorrogação das atuais permissões carece de amparo jurídico, eis que a Caixa dispunha de tempo suficiente para realizar os certames licitatórios. Evidentemente, a prorrogação pelo prazo de 240 meses (20 anos) das cerca de 6.300 unidades lotéricas, prorrogáveis por igual período, não pretendeu que as permissões se estendessem somente pelo prazo necessário à realização de licitações. O que se percebe, é que a finalidade almejada consiste em viabilizar a prorrogação de ato de permissão sem a realização do necessário procedimento licitatório.

Os aspectos da segurança jurídica e do interesse público, entretanto, podem ser invocados como fundamentos para a proposição formulada pela unidade instrutiva, no sentido de 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'. (peça 74, p. 10)

Entendo adequada, de igual sorte, a proposta de audiência dos responsáveis pela formulação dos aditivos 'ao termo de responsabilidade e compromisso com os 6.310 empresários lotéricos existentes em janeiro de 1999 sem a observância do devido processo licitatório', contida no item 21.5 da instrução (peça 74, p. 11), não apenas porque restou configurada, a princípio, falha de

*maior relevância, mas também porque a unidade técnica logrou identificar os responsáveis pelo cometimento da irregularidade.*

*Por fim, parece-me conveniente a proposição no sentido de que, com supedâneo no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, e do art. 45 da Lei 8.443/92, seja assinado prazo 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 irregularmente prorrogadas, bem como à realização de licitações com vistas à outorga das permissões lotéricas que substituirão as antigas permissões.*

*Por todo o exposto, este membro do Ministério Público de Contas manifesta concordância com a proposta da 2ª Secex, contida na peça 74, p. 10-11.*

#### 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:



## 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

1. Processo nº TC 017.293/2011-1.
2. Grupo I – Classe de Assunto: VII - Representação.
3. Interessados/Responsáveis:
  - 3.1. Interessado: Ministério Público junto ao TCU.
  - 3.2. Responsáveis: Márcio Tancredi (CPF 462.916.106-63); Mário Ferreira Neto (CPF 010.141.058-11); Carlos Antônio Silva (CPF 296.883.881-49); Dalide Barbosa Alves Correa (CPF 186.881.521-87); Neiva de Fátima Pereira (CPF 366.260.406-00); e Carlos Antônio Silva (CPF 296.883.881-49).
4. Órgão/Entidade: Caixa Econômica Federal - CEF.
5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues.
6. Representante do Ministério Público: Procurador Sergio Ricardo Costa Caribé.
7. Unidade Técnica: 2ª Secretaria de Controle Externo (Secex-2).
8. Advogado constituído nos autos: Guilherme Lopes Mair (OAB/SP 241.701), Celita Oliveira Souza (OAB/DF 3.174), Lirian Souza Soares (OAB/DF 12.099) e Cely Souza Soares (OAB/DF 16.001).

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam de representação formulada pelo Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU, contra a prorrogação de contratos de permissão lotérica pela Caixa Econômica Federal,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, em:

9.1. determinar, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.443/1992, que a Caixa Econômica Federal, adote as providências necessárias ao cumprimento do art. 175 da Constituição Federal e do art. 42, § 2º, da Lei nº 8.987/1995, ante o irregular aditamento, em janeiro de 1999, dos 6.310 Termos de Responsabilidade e Compromisso para Comercialização de Loterias Federais tratados nestes autos;

9.2. autorizar, em caráter excepcional, a manutenção dos termos de responsabilidade acima mencionados até 31/12/2018, prazo previsto pela Caixa Econômica Federal para conclusão dos procedimentos licitatórios que deverão anteceder à revogação dos referidos termos;

9.3. fixar, com fulcro no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, c/c o art. 45 da Lei nº 8.443/1992, o prazo de 60 (sessenta) dias, para que a Caixa Econômica Federal apresente a este Tribunal planejamento e cronograma detalhado dos procedimentos licitatórios destinados às contratações que substituirão as permissões a que se refere o item 9.1, acima.

10. Ata nº 13/2013 – Plenário.

11. Data da Sessão: 17/4/2013 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0925-13/13-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Augusto Nardes (Presidente), Valmir Campelo, Walton Alencar Rodrigues (Relator), Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz, Raimundo Carreiro, José Jorge e Ana Arraes.

13.2. Ministro que alegou impedimento na Sessão: Valmir Campelo

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Augusto Sherman Cavalcanti, Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

(Assinado Eletronicamente)

JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES

Presidente

(Assinado Eletronicamente)

WALTON ALENCAR RODRIGUES

Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)

LUCAS ROCHA FURTADO

Procurador-Geral

