



C0056030A

CÂMARA DOS DEPUTADOS

PROJETO DE DECRETO LEGISLATIVO N.º 190, DE 2015

(Do Sr. Nelson Marquezelli e outros)

Susta os efeitos do Acordão nº 925-13/13-P, do Tribunal de Contas da União, órgão auxiliar do Congresso Nacional.

DESPACHO:

À COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA
(MÉRITO E ART. 54, RICD)

APRECIAÇÃO:

Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário

S U M Á R I O

I - Projeto inicial

II - Projetos apensados: 209/15 e 215/15

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Nos termos do art. 49, inciso V, da Constituição Federal, ficam sustados os efeitos do Acordão nº 925-13/13-P, do Tribunal de Contas da União, órgão auxiliar do Congresso Nacional, por força do ditame constitucional esculpido no artigo 71 da Constituição Federal.

Art. 2º O Poder Executivo e Tribunal de Contas da União adotarão as providências necessárias ao cumprimento dos efeitos jurídicos e administrativos deste Decreto Legislativo.

Art. 3º Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICATIVA

O Acordão nº925-13/13-P, do Tribunal de Contas da União determinou, 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**” (grifos nossos);

A Decisão Colegiado do TCU autorizou, “**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**” (grifos nossos);

Ao final fixou, “**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,**” (grifos nossos) do acordão citado.

Dispõe o artigo 49, incisos V e XI da Constituição Federal, que “é da competência exclusiva do Congresso Nacional zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes”.

Acresça-se que essa decisão colegiada do TCU é rigidamente limitada pelos preceitos contidos no próprio regramento constitucional, e sua transposição irá gerar, necessariamente, regras exorbitantes e espancamento de contratos em plena vigência, acordados entre a Caixa Econômica Federal e milhares de permissionários, causando um verdadeiro caos social e jurídico em todo o país, em afronta aos termos da Lei nº 12.869, de 15 de outubro de 2013, que regulamentou o exercício da atividade e a remuneração dos permissionários lotéricos, em especial o

artigo 3º, VI, verbis: “**Os contratos de permissão serão firmados pelo prazo de vinte (20) anos, com renovação automática por idêntico período, ressalvadas a rescisão ou declaração de caducidade fundada em comprovado descumprimento das cláusulas contratuais, ou a extinção, nas situações previstas em lei .**”.

A referida ordem emanada do Tribunal de Contas da União , no entanto, determinou o cumprimento de processo licitatório, instigada juridicamente pela posição da própria Caixa Econômica Federal que:

“Admite 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 do prazo para que o responsável adote providências com vistas ao cumprimento da Lei, no caso a revogação das permissões tratadas nestes autos”.

Foi muito além a decisão do TCU, ao determinar “que a Caixa Econômica Federal apresentasse planos de trabalhos detalhados, relativos ao planejamento e execução das referidas licitações, a serem monitoradas pelas equipes técnicas deste Tribunal”.

Inclui nas minhas argumentações preliminares o primoroso parecer dos eminentes professores Ives Gandra Martins e Fátima Fernandes Rodrigues de Souza, em resposta a consulta formulada pela Federação Brasileira de Empresas Lotéricas, afirmou:

“*Na hipótese de causar agravos ao permissionário, submetendo-o a obrigações mais onerosas que as previstas no edital original ou estabelecidas nos contratos vigentes, por ele assumidas quando da outorga da permissão- a determinação legal de adequação de seu contrato à nova lei **compulsoriamente caracterizaria manifesta violação ao princípio da segurança jurídica**, materializado na proteção ao **ato jurídico perfeito** e ao **direito adquirido**, consoante estabelecido no art.5º, XXXVI da CF, in verbis:*

“*Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

.....
.....

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”

À evidência, não se poderia falar de estabilidade jurídica, se a cada nova lei pudessem ser alteradas todas as relações jurídicas consolidadas sob a égide de diplomas anteriores.

Bem por isso, tal dispositivo é cláusula pétreia, disposição irrevogável, de abrangência ilimitada, que alberga o princípio da irretroatividade, explicitado, em palavras geniais, por Vivente Rao, lembrando Portalis, nos termos seguintes:

“A inviolabilidade do passado é princípio que encontra fundamento na própria natureza do ser humano, pois, segundo as sábias palavras de Portalis, ‘o homem, que não ocupa senão um ponto no tempo e no espaço, seria o mais infeliz dos seres, se não se pudesse julgar seguro nem sequer quanto a vida passada’. Por esta parte de sua existência, já não carregou todo o peso do destino? O passado pode deixar dissabores, mas põe termo a todas as incertezas. Na ordem da natureza só o futuro é incerto e esta própria incerteza é suavizada pela esperança, a fiel companheira de nossa fraqueza. Seria agravar a triste condição da humanidade querer mudar através do sistema da legislação, o sistema da natureza, procurando para o tempo que se foi, fazer reviver nossas dores, sem nos restituir nossas esperanças”.

A doutrina sobre o instituto é ampla e traz influência dos mais diversos doutrinadores.

FRANCESCO GABBA, em sua obra: “A Teoria della Retroattività delle Leggi”, Roma, 1891, escreveu:

“É direito adquirido todo direito que”:

- a) seja conseqüência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato se viu realizado, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova a respeito do mesmo; e que
- b) nos termos da lei sob o império da qual se verificou o fato de onde se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu.”

REYNALDO PORCHAT, na obra Retroatividade das Leis Civis, São Paulo, Duprat, 1909, acrescenta:

“Direitos adquiridos são conseqüências de fatos jurídicos passados, mas conseqüências ainda não realizadas, que ainda não se tornaram de todo efetivas. Direito adquirido

é, pois, todo direito fundado sobre um fato jurídico que já sucedeu, mas que ainda não foi feito valer.”

O pensamento da doutrina brasileira a respeito do assunto está bem representado na lição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, in Instituições de Direito Civil, Rio de Janeiro, Forense, 1961, v. 1, p. 125, exposta assim:

“Direito adquirido, in genere, abrange os direitos que o seu titular ou alguém por ele possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo pré-fixo ou condição preestabelecida, inalterável ao arbítrio de outrem. São os direitos definitivamente incorporados ao patrimônio do seu titular, sejam os já realizados, sejam os que simplesmente dependem de um prazo para seu exercício, sejam ainda os subordinados a uma condição inalterável ao arbítrio de outrem. A lei nova não pode atingi-los, sem retroatividade.”

transmudasse em direito adquirido, porque era um direito exercitável e exigível à vontade do seu titular e que já tinha incorporado ao seu patrimônio, para ser exercido quando conviesse.

Quando o Constituinte erigiu o **direito adquirido**, o **ato jurídico perfeito** como disposições asseguratórias em defesa dos direitos subjetivos, limitou o poder do legislador, circunscrevendo os limites da legiferância.

Como ensina, Celso Bastos:

“Que tais expressões já trouxessem, de per si, um teor de significação, impassível de restrição por parte do legislador ordinário, sob pena de se desconstituir a garantia insculpida pelo constituinte. Tal norma é dirigida primariamente ao legislador ordinário, que consequentemente deve se ater ao significado dos institutos, segundo a *ratio constitutionis* e não conforme o próprio legislador os entenda. A tônica original desses institutos fora insculpida na Lei de Introdução do Código Civil (LICC), que traz as linhas gerais desses institutos, e na construção interpretativa que a doutrina e jurisprudência embasaram sobre os institutos, a qual deve ser preservada pelo legislador ordinário em prol da própria Carta Magna.”

Apreciando a questão, a doutrina tem se posicionado conforme as felizes palavras de Teori A. Zavascki:

“O termo “consumado” [refere-se ao ato jurídico perfeito, art. 6º, § 1º, da LICC], que deve ser entendido como se

referindo aos elementos necessários, à existência do ato, e não à execução ou aos seus efeitos materiais. Ou seja: ato consumado é ato existente (em que se acham completos, "consumados", todos os requisitos para a sua formação), ainda que pendentes (= ainda que não "consumados") os seus efeitos". Quanto à interpretação literal do disposto a respeito do direito adquirido, mister ainda alguns reparos. Neste diapasão prossegue o autor "A segunda parte do dispositivo [refere-se ao direito adquirido, art. 6º, § 2º, da LICC] trata dos direitos cujo exercício está condicionado. Não se confundem tais direitos com as chamadas expectativas de direito. Os direitos condicionados, ou expectativos, são direitos existentes, estando condicionado, ou expectante, apenas o seu exercício. Diferentemente é o que ocorre com as chamadas expectativas de direito, situações em que não há direito algum, já que pendentes ("em expectativa") de configuração os próprios requisitos básicos à sua existência".

Nas palavras de Pontes de Miranda invocado por Eros Grau, "o fato deve ser suficiente", isto é, o fato ou o suporte fático concreto diz respeito ao plano da existência, devendo ser exatamente o contemplado pelo texto legal, sob pena de não existir o direito, vez que doutro modo não surge a norma.

Sobre esse preceito doutrinário é que foi sancionada a Lei dos Lotéricos.

Com efeito, a eficácia imprópria ou espúria deve ser eliminada do sistema, pois advém de atos inválidos. Ocorre que muitas vezes essa invalidade só é percebida com a manifestação judicial, pois certos atos, como os administrativos e as decisões judiciais, presumem-se legais (válidos) – presunção relativa.

Ora Senhores Parlamentares, como fazer planejamento de planos de trabalhos para realização das licitações dos permissionários lotéricos se, posteriormente, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 12.869, de 15 de outubro de 2013, advindo regras jurídicas novas de permissão de contratos entre a Caixa Econômica Federal e os agentes lotéricos pelo prazo de 20 (vinte) anos e com renovação automática por idêntico período, a contar do término do prazo de permissão, independentemente do termo inicial da permissão.

A Lei é um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, e nesse sentido, deve-se entender a assertiva de que o Estado, ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tão pouco proibir nada aos administrados, se não em virtude da Lei.

As regras contidas na lei nº12.689/2013 é lapidar e se funda na previsão da competência geral do Poder Legislativo, “e só o Poder Legislativo pode criar regras que contenham, originariamente, novidade modificativa da ordem

jurídico-formal. Só a lei cria direitos e impõe obrigações positivas ou negativas, ainda que o texto constitucional dê a entender que só essas últimas estão contempladas no princípio da legalidade". É a grande lição do Constitucionalista, José Afonso da Silva, em sua obra, Curso de Direito Constitucional Positivo, 36º edição, págs. 442 e 443.

Repto Senhores Congressistas, o parlamento criou novas regras específicas e diferenciadas por meio da Lei nº 12.869, de 2013, a chamada "lei dos permissionários lotéricos".

Inclusive a própria Caixa Econômica Federal em resposta à diligência do Tribunal de Contas da União, **"alegou, 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."** (item II do voto proferido pelo Relator, Ministro Walton Alencar Rodrigues).

Acrescentou ainda que, **"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."** (item II do voto proferido pelo Relator, Ministro Walton Alencar Rodrigues).

E o pior, apresentou ao Tribunal de Contas da União **"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."** (item II do voto proferido pelo Relator, Ministro Walton Alencar Rodrigues).

As palavras colacionadas pela Caixa Econômica Federal no Acórdão 0925-13/13-P, demonstram que a renovação automática dos 6.310 Termos de Responsabilidade e Compromisso para Comercialização de Loterias Federais serão menos gravosos que as indenizações produzidas pelos direitos adquiridos dos permissionários lotéricos.

A Câmara dos Deputados, o Senado Federal e a Presidência da República, ou seja, os Poderes Legislativo e Executivo cumpriram com sua missão constitucional de criar mecanismos legais, por meio da Lei nº12. 869/2013, mudando o entendimento jurisprudencial do acórdão 0925/2013 do Tribunal de Contas da União.

Fica cristalina a exorbitância do poder decisório do TCU, ao regulamentar por força de decisão colegiada , quando, embora pratique ato dentro de sua esfera de competência, viola princípios fundamentais da Constituição Federal, em especial o art. 49, V, da Constituição da República.

Nesse sentido, o seguinte acórdão do Supremo Tribunal Federal é revelador:

“A reserva de lei em sentido formal qualifica-se como instrumento constitucional de preservação da integridade de direitos e garantias fundamentais”.

O princípio da reserva de lei atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, cuja competência regulamentar, por tal razão, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica que lhe permita restringir direitos ou criar obrigações.

Nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal.

O abuso de poder regulamentar, especialmente nos casos em que o Estado atua “contra legem” ou “praeter legem”, não só expõe o ato transgressor ao controle jurisdicional, mas viabiliza, até mesmo, tal a gravidade desse comportamento governamental, o exercício, pelo Congresso Nacional, da competência extraordinária que lhe confere o art. 49, inciso V, da Constituição da República e que lhe permite “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (...). Doutrina. Precedentes. (RE 318.873-AgR/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Plausibilidade jurídica da impugnação à validade constitucional da Instrução Normativa STN nº 01/2005.” (AC - AgR-QO 1033 / DF - DISTRITO FEDERAL - QUESTÃO DE ORDEM NO AG.REG. NA AÇÃO CAUTELAR - Relator(a): Min. CELSO DE MELLO - Julgamento: 25/05/2006 Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação - DJ 16-06-2006 PP-00004 - EMENT VOL-02237-01 PP-00021) Em seu voto, o Ministro CELSO DE MELLO expõe percutiente análise das limitações à função regulamentar do Poder Executivo, a qual, segundo essa ótica, deve ser posta em contraste com os direitos e garantias fundamentais:

“Demais disso, cumpre reconhecer que a imposição estatal de restrições de ordem jurídica, quer se concretize na esfera judicial, quer se efetive no âmbito estritamente administrativo, para legitimar-se em face do ordenamento constitucional, supõe o efetivo respeito, pelo Poder Público, da garantia indisponível do ‘due process of law’, assegurada à generalidade das pessoas pela Constituição da República (art. 5º, LIV), eis que o Estado, em tema de limitação de direitos, não pode exercer a sua autoridade de maneira arbitrária.

Cumpre ter presente, bem por isso, que o Estado, em tema de restrição à esfera jurídica de qualquer pessoa, física ou jurídica, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no

exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida imposta pelo Poder Público - de que resultem como no caso, consequências gravosas no plano dos direitos e garantias (mesmo aqueles titularizados por pessoas estatais) - exigem a fiel observância do princípio constitucional do devido processo legal (CF, art. 5º, LV)."

A jurisprudência dos Tribunais, notadamente a do Supremo Tribunal Federal, tem reafirmado a essencialidade desse princípio, nele reconhecendo uma imprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade (pública ou privada), rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade da própria medida restritiva de direitos, revestida, ou não, de caráter punitivo (...).

Com esses argumentos, confiando no zelo dos Membros do Congresso Nacional pela preservação de sua competência legislativa, em face do abuso normativo do Tribunal de Contas da União, é que oferecemos à consideração dos Senhores Congressistas o presente Projeto de Decreto Legislativo, principalmente para afastarmos poderes administrativos afrontadores de normas constitucionais e legais, contidos no Acordão nº 925-13/13-P, do Tribunal de Contas da União e a sua rejeição ***in totum***.

Por todo o exposto, contamos com o apoioamento dos nobres Pares para a aprovação desta importante medida que aqui é apresentada, para assegurar os legítimos direitos e garantias dos 6.310 permissionários lotéricos em todo o país.

Sala das Sessões, em 03 de setembro de 2015.

Deputado Nelson Marquezelli
PTB/SP

Weliton Prado

Alfredo Kaefer

Odorico Monteiro

Carmen Zanotto

Aureo

Walney Rocha

Paulo Feijó
Diego Garcia
Marcelo Matos
Marco Tebaldi
Zeca Cavalcanti
Major Olimpio
Luiz Carlos Ramos
Pedro Uczai
Hélio Leite
Fernando Jordão
João Paulo Papa
Luciano Ducci
Darcísio Perondi
José Carlos Aleluia
Izalci
Dr. Sinval Malheiros
Luiz Carlos Hauly
Pauderney Avelino
Domingos Neto
Pedro Cunha Lima
Wilson Filho
Rômulo Gouveia
Celso Russomanno
Gonzaga Patriota
Osmar Serraglio

Zé Carlos
Eduardo Barbosa
Givaldo Vieira
Marcelo Belinati
Carlos Bezerra
Geraldo Resende
Valtenir Pereira
Ana Perugini
Jair Bolsonaro
Edmilson Rodrigues
João Rodrigues
Luiz Nishimori
Flávia Morais
Carlos Eduardo Cadoca
Gorete Pereira
Odelmo Leão
Herculano Passos
Caetano
Conceição Sampaio
Rogério Peninha Mendonça
Nilto Tatto
Lobbe Neto
Davidson Magalhães
Goulart
Giovani Cherini

Esperidião Amin

Pompeo de Mattos

Marcos Montes

Ezequiel Fonseca

Cesar Souza

Assis Carvalho

Tereza Cristina

Benjamin Maranhão

Walter Ihoshi

Josi Nunes

Roney Nemer

Deley

Silas Freire

Baleia Rossi

Alberto Fraga

Mauro Pereira

Daniel Coelho

Rubens Bueno

Fabio Garcia

João Daniel

Efraim Filho

Renata Abreu

Elcione Barbalho

Geovania de Sá

Keiko Ota

Cícero Almeida

Marquinho Mendes

LEGISLAÇÃO CITADA ANEXADA PELA

Coordenação de Organização da Informação Legislativa - CELEG
 Serviço de Tratamento da Informação Legislativa - SETIL
 Seção de Legislação Citada - SELEC

**CONSTITUIÇÃO
 DA
 REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
 1988**

.....
**TÍTULO II
 DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

**CAPÍTULO I
 DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS**

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

XXX - é garantido o direito de herança;

XXXI - a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cùjus* ;

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

a) a plenitude de defesa;

b) o sigilo das votações;

c) a soberania dos veredictos;

d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático;

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

a) privação ou restrição da liberdade;

b) perda de bens;

c) multa;

d) prestação social alternativa;

e) suspensão ou interdição de direitos;

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

b) de caráter perpétuo;

- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) crueis;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;

LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público;

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

LXXII - conceder-se-á *habeas data* :

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

LXXVI - são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei:

a) o registro civil de nascimento;

b) a certidão de óbito;

LXXVII - são gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data*, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (*Inciso acrescido pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004*)

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (*Parágrafo acrescido pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004*)

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (*Parágrafo acrescido pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004*)

CAPÍTULO II DOS DIREITOS SOCIAIS

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (*Artigo com redação dada pela*

Emenda Constitucional nº 26, de 2000) e (Artigo com nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)

TÍTULO IV DA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES

CAPÍTULO I DO PODER LEGISLATIVO

Seção II Das Atribuições do Congresso Nacional

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

II - autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar;

III - autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País, quando a ausência exceder a quinze dias;

IV - aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas;

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

VI - mudar temporariamente sua sede;

VII - fixar idêntico subsídio para os Deputados Federais e os Senadores, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; (Inciso com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

VIII – fixar os subsídios do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; (Inciso com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IX - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo;

X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;

XI - zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes;

XII - apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão;

XIII - escolher dois terços dos membros do Tribunal de Contas da União;

XIV - aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares;

XV - autorizar referendo e convocar plebiscito;

XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais;

XVII - aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares.

Art. 50. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas Comissões, poderão convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificação adequada. (*“Caput” do artigo com redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 2, de 1994*)

Seção IX Da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio, que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

Art. 72. A comissão mista permanente a que se refere o art. 166, § 1º, diante de indícios de despesas não autorizadas, ainda que sob a forma de investimentos não programados ou de subsídios não aprovados, poderá solicitar à autoridade governamental responsável que, no prazo de cinco dias, preste os esclarecimentos necessários.

TÍTULO VII DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA

CAPÍTULO I DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Art. 175. 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.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

ACÓRDÃO 925/2013

Natureza
Representação

Entidade

Órgão/Entidade: Caixa Econômica Federal - CEF

Interessados

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)

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

Assunto

Representação

Ministro Relator

WALTON ALENCAR RODRIGUES

Representante do Ministério Público

Sergio Ricardo Costa Caribé

Unidade Técnica

2ª Secretaria de Controle Externo (Secex-2)

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)

Relatório do Ministro Relator

Adoto, como Relatório, a percuciente análise realizada por auditor da então 2ª Secretaria de Controle Externo, que contou com a anuênciam 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 negocia 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 resarcido 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 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 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 normação 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 (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 atir 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 2^a 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. 11^a 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 diliggência, 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, inexiste 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 relembrar 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 producente 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 ($3155 \times 1000 + 3155 \times 10000$), 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 precerá(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 derrogou 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 PERMISSIONÁRIA 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 PERMISSIONÁRIAS

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 guichês 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 do Ministro Relator

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 voto do art. 38 da mencionada Lei, ou seja, na garantida 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 voto 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 ilícitudes 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
 1^a 2063 28/12/2016
 2^a 2066 29/12/2017
 3^a 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 transscrito, 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 viger 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 transscrito, 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

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

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

LEI Nº 8.443, DE 16 DE JULHO DE 1992

Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

TÍTULO II

JULGAMENTO E FISCALIZAÇÃO

CAPÍTULO II
FISCALIZAÇÃO A CARGO DO TRIBUNAL

Seção IV
Fiscalização de Atos e Contratos

Art. 45. Verificada a ilegalidade de ato ou contrato, o Tribunal, na forma estabelecida no Regimento Interno, assinará prazo para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da Lei, fazendo indicação expressa dos dispositivos a serem observados.

§ 1º No caso de ato administrativo, o Tribunal, se não atendido:

I - sustará a execução do ato impugnado;

II - comunicará a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

III - aplicará ao responsável a multa prevista no inciso II do art. 58 desta Lei.

§ 2º No caso de contrato, o Tribunal, se não atendido, comunicará o fato ao Congresso Nacional, a quem compete adotar o ato de sustação e solicitar, de imediato, ao Poder Executivo, as medidas cabíveis.

§ 3º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito da sustação do contrato.

Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

LEI Nº 8.987, DE 13 DE FEVEREIRO DE 1995

Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO XII
DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 41. O disposto nesta Lei não se aplica à concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

Art. 42. As concessões de serviço público outorgadas anteriormente à entrada em vigor desta Lei consideram-se válidas pelo prazo fixado no contrato ou no ato de outorga, observado o disposto no art. 43 desta Lei.

§ 1º Vencido o prazo mencionado no contrato ou ato de outorga, o serviço poderá ser prestado por órgão ou entidade do poder concedente, ou delegado a terceiros, mediante novo contrato. ([Parágrafo com redação dada pela Lei nº 11.445, de 5/1/2007](#))

§ 2º As concessões em caráter precário, as que estiverem com prazo vencido e as que estiverem em vigor por prazo indeterminado, inclusive por força de legislação anterior, permanecerão válidas pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações que precederão a outorga das concessões que as substituirão, prazo esse que não será inferior a 24 (vinte e quatro) meses.

§ 3º As concessões a que se refere o § 2º deste artigo, inclusive as que não possuam instrumento que as formalize ou que possuam cláusula que preveja prorrogação, terão validade máxima até o dia 31 de dezembro de 2010, desde que, até o dia 30 de junho de 2009, tenham sido cumpridas, cumulativamente, as seguintes condições:

I - levantamento mais amplo e retroativo possível dos elementos físicos constituintes da infra-estrutura de bens reversíveis e dos dados financeiros, contábeis e comerciais relativos à prestação dos serviços, em dimensão necessária e suficiente para a realização do cálculo de eventual indenização relativa aos investimentos ainda não amortizados pelas receitas emergentes da concessão, observadas as disposições legais e contratuais que regulavam a prestação do serviço ou a ela aplicáveis nos 20 (vinte) anos anteriores ao da publicação desta Lei;

II - celebração de acordo entre o poder concedente e o concessionário sobre os critérios e a forma de indenização de eventuais créditos remanescentes de investimentos ainda não amortizados ou depreciados, apurados a partir dos levantamentos referidos no inciso I deste parágrafo e auditados por instituição especializada escolhida de comum acordo pelas partes; e

III - publicação na imprensa oficial de ato formal de autoridade do poder concedente, autorizando a prestação precária dos serviços por prazo de até 6 (seis) meses, renovável até 31 de dezembro de 2008, mediante comprovação do cumprimento do disposto nos incisos I e II deste parágrafo. ([Parágrafo acrescido pela Lei nº 11.445, de 5/1/2007](#))

§ 4º Não ocorrendo o acordo previsto no inciso II do § 3º deste artigo, o cálculo da indenização de investimentos será feito com base nos critérios previstos no instrumento de concessão antes celebrado ou, na omissão deste, por avaliação de seu valor econômico ou reavaliação patrimonial, depreciação e amortização de ativos imobilizados definidos pelas legislações fiscal e das sociedades por ações, efetuada por empresa de auditoria independente escolhida de comum acordo pelas partes. ([Parágrafo acrescido pela Lei nº 11.445, de 5/1/2007](#))

§ 5º No caso do § 4º deste artigo, o pagamento de eventual indenização será realizado, mediante garantia real, por meio de 4 (quatro) parcelas anuais, iguais e sucessivas, da parte ainda não amortizada de investimentos e de outras indenizações relacionadas à prestação dos serviços, realizados com capital próprio do concessionário ou de seu controlador, ou originários de operações de financiamento, ou obtidos mediante emissão de ações, debêntures e outros títulos mobiliários, com a primeira parcela paga até o último dia útil do exercício financeiro em que ocorrer a reversão. ([Parágrafo acrescido pela Lei nº 11.445, de 5/1/2007](#))

§ 6º Ocorrendo acordo, poderá a indenização de que trata o § 5º deste artigo ser paga mediante receitas de novo contrato que venha a disciplinar a prestação do serviço. ([Parágrafo acrescido pela Lei nº 11.445, de 5/1/2007](#))

Art. 43. Ficam extintas todas as concessões de serviços públicos outorgadas sem licitação na vigência da Constituição de 1988.

Parágrafo único. Ficam também extintas todas as concessões outorgadas sem licitação anteriormente à Constituição de 1988, cujas obras ou serviços não tenham sido iniciados ou que se encontrem paralisados quando da entrada em vigor desta Lei.

.....
.....

LEI N° 12.869, DE 15 DE OUTUBRO DE 2013

Dispõe sobre o exercício da atividade e a remuneração do permissionário lotérico e dá outras providências.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

.....

Art. 3º Os editais de licitação e os contratos firmados pela outorgante com os permissionários referidos no caput do art. 1º observarão, obrigatoriamente, as seguintes diretrizes operacionais e critérios de remuneração:

I - é admitida a conjugação da atividade do permissionário lotérico com outra atividade comercial quando prévia e expressamente autorizada pela outorgante, em função da aderência aos produtos de loterias, produtos conveniados e serviços;

II - a outorgante pode exigir que os permissionários atuem em atividades acessórias com exclusividade como forma de oferecer à sociedade serviços padronizados em todo o território nacional, incluindo a prestação de serviços como correspondente, de forma a não assumir idênticas obrigações com qualquer outra instituição financeira, sendo-lhes vedado prestar serviços que não aqueles previamente autorizados pela outorgante;

III - pela comercialização das modalidades de loterias, os permissionários farão jus a comissão estipulada pela outorgante, a qual incidirá sobre o preço de venda das apostas, deduzidos os repasses previstos em lei e respeitado o equilíbrio econômico-financeiro do produto lotérico;

IV - (VETADO);

V - a mudança de endereço e novas permissões ou credenciamentos sujeitar-se-ão à autorização da outorgante, que deverá observar o potencial para a venda das loterias federais e a demanda para atendimento da população local, comprovados por estudos técnicos;

VI - os contratos de permissão serão firmados pelo prazo de 20 (vinte) anos, com renovação automática por idêntico período, ressalvadas a rescisão ou a declaração de caducidade fundada em comprovado descumprimento das cláusulas contratuais, ou a extinção, nas situações previstas em lei.

Parágrafo único. Em caso de permissão de serviços lotéricos, o prazo de renovação referido no inciso VI deste artigo contar-se-á a partir do término do prazo de permissão, independentemente do termo inicial desta.

Art. 4º O exercício da atividade de permissionário lotérico não obsta o exercício de atividades complementares impostas ou autorizadas pela outorgante, nos termos e condições definidos pela legislação e normas reguladoras vigentes.

DECRETO-LEI N° 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942

Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. (Ementa com redação dada pela Lei nº 12.376, de 30/12/2010)

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o artigo 180 da Constituição, decreta:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (“Caput” do artigo com redação dada pela Lei nº 3.238, de 1/8/1957)

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. (Parágrafo acrescido pela Lei nº 3.238, de 1/8/1957)

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição pre-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. (Parágrafo acrescido pela Lei nº 3.238, de 1/8/1957)

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. (Parágrafo acrescido pela Lei nº 3.238, de 1/8/1957)

Art. 7º A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.

§ 1º Realizando-se o casamento no Brasil, será aplicada a lei brasileira quanto aos impedimentos dirimentes e às formalidades da celebração.

PROJETO DE DECRETO LEGISLATIVO N.º 209, DE 2015 (Do Sr. Milton Monti)

Torna sem efeito o processo licitatório de 6.104 (seis mil, cento e quatro) Unidades Lotéricas realizado pela Caixa Econômica Federal.

DESPACHO:
APENSE-SE À(AO) PDC-190/2015.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Ficam anulados os procedimentos preparatórios, bem como os processos licitatórios para contratação de concessionários para as 6.104 (seis mil e cento e quatro) Unidades Lotéricas, cujos contratos encontram-se em vigor na presente data.

Art. 2º Quando do término, ou rescisão por justa causa, dos referidos contratos a Caixa Econômica Federal providenciará o respectivo processo licitatório.

Art. 3º Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação

JUSTIFICATIVA.

A Caixa Econômica Federal está realizando no âmbito do território nacional os procedimentos preparatórios e posterior processo licitatório de 6.104 (seis mil, cento e quatro) unidades lotéricas cujos contratos encontram-se em plena vigência, o que de antemão, se constitui em afronta ao direto adquirido e ao ato jurídico perfeito, além de representar total e descabida insegurança jurídica, aos empreendedores conturbando a prestação de serviço por esses permissionários que, diga-se de passagem, tem sido feita com zelo e eficiência , atendendo as necessidade da população brasileira.

Ocorre que a partir do Acórdão de nº 925/2013 do Tribunal de Contas da União foi solicitado que a Caixa Econômica adotasse tais medidas. Faz-se necessário ressaltar que a referida decisão não observou outros aspectos legais e constitucionais, pois os referidos contratos foram realizados e sacramentados dentro das normas vigentes a época e que impor tal modificação, neste momento, nos parece ilegal, inadequada, inoportuna e acima de tudo injusta, além é claro, de ferir de morte preceitos constitucionais vigentes em especial o do ato jurídico perfeito.

Não há nenhuma dúvida que os permissionários atuais, com seus contratos em pleno vigor, se prepararam para o bom cumprimento do contrato e da eficiente prestação de serviço a população brasileira, realizando para tanto os investimentos necessários, as suas expensas, e que se programaram para que os mesmos fossem amortizados ao longo do contrato no seu tempo integral. É evidente, líquido e certo, que a interrupção antecipada gerará direitos que vão desde a indenização por diversas formas, bem como a apuração e pagamento dos lucros cessantes, dentre outras indenizações.

A Caixa Econômica Federal deveria ser a primeira a contestar a manifestação do Tribunal de Contas da União nesse sentido, se não fosse para evitar indenizações bilionárias que serão devidas aos atuais permissionários no futuro, pela revogação unilateral e antecipada dos contratos, que fosse pelo respeito e consideração que deveria ter com parceiros leais que ao longo desses anos todos cumpriram, repito com eficiência, as responsabilidades e serviços que deveriam ser prestados pela própria Caixa.

Não posso acreditar, mas nos tempos atuais parece que tudo pode ser possível, que a Caixa Econômica Federal tenha se acomodado e esteja motivada pelo fato de vislumbrar para o presente momento uma grande arrecadação e reforço de caixa com o novo processo licitatório, sem se preocupar com as indenizações futuras que surgirão, bem como com o desemprego de diversas pessoas que dependem direta e indiretamente dessa atividade. Mas o futuro está distante e o presente é o que parece interessar. Não quero acreditar nessa premissa porque seria além de um absurdo, uma irresponsabilidade inimaginável.

Sala das sessões, 9 de setembro de 2015.

Deputado **MILTON MONTI**

LEGISLAÇÃO CITADA ANEXADA PELA Coordenação de Organização da Informação Legislativa - CELEG Serviço de Tratamento da Informação Legislativa - SETIL Seção de Legislação Citada - SELEC
--

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 REVOCADAÇÃO 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 anuênciia 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 negociaou 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, atraiendo 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 resarcido 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 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 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 normação 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 (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 encontraria 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 2^a 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. 11^a 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, inexiste 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 relembrar 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 producente 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-Segece 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 existe 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 ($3155 \times 1000 + 3155 \times 10000$), 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 derrogou 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:

‘I 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 PERMISSIONÁRIA 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 PERMISSIONÁRIAS

*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 guichês 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 garantida 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

Etapa	Nº de Contratos
1ª	2063
2ª	2066
3ª	2067

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 transscrito, 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 viger 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 transscrito, 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

ACÓRDÃO Nº 925/2013 – TCU – Plenário

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: 2^a 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

PROJETO DE DECRETO LEGISLATIVO

N.º 215, DE 2015

(Do Sr. Domingos Neto)

Susta a eficácia do ATO DECISÓRIO da Caixa Econômica Federal que ensejou a deflagração da fase interna do processo licitatório em andamento, relativo à permissão de comercialização das loterias.

DESPACHO:
APENSE-SE À(AO) PDC-190/2015.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. Susta a eficácia do ATO DECISÓRIO da Caixa Econômica Federal que ensejou a deflagração da fase interna do processo licitatório em andamento, relativo à permissão de comercialização das loterias.

Art. 2º. Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

Em 1999, a Caixa Econômica Federal celebrou contratos de permissão para prestação de serviços lotéricos, com prazo de vigência de 20 (vinte) anos, com renovação automática por igual período. A renovação do prazo contratual contar-se-á a partir do término do prazo de permissão, independentemente do termo inicial desta. Portanto, os contratos firmados naquela oportunidade estão em vigor até 2038.

Esses prazos estão referendados no art. 3º, VI e parágrafo único, da Lei n. 12.869/2013, cujos efeitos operam, inclusive, sobre os contratos de permissão já em curso quando da sua publicação. Assim, tanto os contratos de permissão celebrados antes da vigência da referida lei, quanto àqueles firmados *a posteriori* garantem, por

força de lei, aos respectivos permissionários, o direito a renovação contratual automáticas por um prazo de vinte anos.

Todavia, O Tribunal de Contas da União, por meio do Acordão n. 925/2013, considerou irregular os aditivos contratuais firmados pela CEF em janeiro de 1999, que renovou, automaticamente, por vinte anos os 6.310 contratos de permissão então vigentes e, determinou que a CEF adotasse as providências necessárias para regularizar a situação desses contratos.

A Caixa Econômica Federal (CEF), em absoluto desrespeito à Lei e, para atender a recomendação feita pelo TCU, frise-se, anterior à publicação da Lei n. 12.869/2013, por meio de um “AVISO” da Gerência Nacional de Gestão de Canais Parceiros, comunicou que daria início a procedimento licitatório para contratação de novos permissionários e que a licitação ocorreria em lotes utilizando o método de sorteio, com o primeiro marcado para o dia 20/08/2015.

Tal medida viola frontalmente as disposições da Lei n. 12.869/2013 e impacta sobremaneira a saúde financeira de 6.310 permissionárias, bem como a vida de milhares de funcionários, que dependem dessas casas lotéricas para sustentar suas famílias.

Ademais, o Ato Decisório do Conselho Diretor / Presidência da CAIXA que ensejou a licitação prévia, tem caráter normativo, uma vez que, embora mascarado de cumprimento de recomendação da Corte de Contas, viola não apenas a Lei n. 12.869/2013, como também a Lei n. 8987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão, inclusive para prever o direito à indenização dos lotéricos nos casos de retomada dos serviços pelo poder concedente (encampação).

Sala das Sessões, em 17 de setembro de 2015.

**Deputado DOMINGOS NETO
(PROS-CE)**

LEGISLAÇÃO CITADA ANEXADA PELA Coordenação de Organização da Informação Legislativa - CELEG Serviço de Tratamento da Informação Legislativa - SETIL Seção de Legislação Citada - SELEC
--

LEI N° 12.869, DE 15 DE OUTUBRO DE 2013

Dispõe sobre o exercício da atividade e a remuneração do permissionário lotérico e dá outras providências.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 3º Os editais de licitação e os contratos firmados pela outorgante com os permissionários referidos no caput do art. 1º observarão, obrigatoriamente, as seguintes diretrizes operacionais e critérios de remuneração:

I - é admitida a conjugação da atividade do permissionário lotérico com outra atividade comercial quando prévia e expressamente autorizada pela outorgante, em função da aderência aos produtos de loterias, produtos conveniados e serviços;

II - a outorgante pode exigir que os permissionários atuem em atividades acessórias com exclusividade como forma de oferecer à sociedade serviços padronizados em todo o território nacional, incluindo a prestação de serviços como correspondente, de forma a não assumir idênticas obrigações com qualquer outra instituição financeira, sendo-lhes vedado prestar serviços que não aqueles previamente autorizados pela outorgante;

III - pela comercialização das modalidades de loterias, os permissionários farão jus a comissão estipulada pela outorgante, a qual incidirá sobre o preço de venda das apostas, deduzidos os repasses previstos em lei e respeitado o equilíbrio econômico-financeiro do produto lotérico;

IV - (VETADO);

V - a mudança de endereço e novas permissões ou credenciamentos sujeitar-se-ão à autorização da outorgante, que deverá observar o potencial para a venda das loterias federais e a demanda para atendimento da população local, comprovados por estudos técnicos;

VI - os contratos de permissão serão firmados pelo prazo de 20 (vinte) anos, com renovação automática por idêntico período, ressalvadas a rescisão ou a declaração de caducidade fundada em comprovado descumprimento das cláusulas contratuais, ou a extinção, nas situações previstas em lei.

Parágrafo único. Em caso de permissão de serviços lotéricos, o prazo de renovação referido no inciso VI deste artigo contar-se-á a partir do término do prazo de permissão, independentemente do termo inicial desta.

Art. 4º O exercício da atividade de permissionário lotérico não obsta o exercício de atividades complementares impostas ou autorizadas pela outorgante, nos termos e condições definidos pela legislação e normas reguladoras vigentes.

LEI N° 8.987, DE 13 DE FEVEREIRO DE 1995

Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I **DAS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES**

Art. 1º As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.

Parágrafo único. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta Lei, buscando atender as peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços.

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

ACÓRDÃO 925/2013

Natureza
Representação

Entidade
Órgão/Entidade: Caixa Econômica Federal - CEF

Interessados

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)

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

Assunto

Representação

Ministro Relator

WALTON ALENCAR RODRIGUES

Representante do Ministério Público

Sergio Ricardo Costa Caribé

Unidade Técnica

2^a Secretaria de Controle Externo (Secex-2)

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)

Relatório do Ministro Relator

Adoto, como Relatório, a percuciente análise realizada por auditor da então 2^a Secretaria de Controle Externo, que contou com a anuênciia 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 negocou 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, atraiendo 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 legitima 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 resarcido 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 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 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 normação 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 (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 2^a 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, inexiste 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 relembrar 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 producente 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 existe 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 transscrito, 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 2^a 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 derrogou 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 PERMISSIONÁRIA 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 PERMISSIONÁRIAS

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 guichês 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 2^a Secex, contida na peça 74, p. 10-11

Voto do Ministro Relator

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 2^a 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 voto do art. 38 da mencionada Lei, ou seja, na garantida 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 voto 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 improprios 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 viger 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

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

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

FIM DO DOCUMENTO