



Natal/RN, 13 de outubro de 2020.

ARENA DAS DUNAS CONCESSÃO E EVENTOS

S/A., vem respeitosamente perante Vossa Senhoria apresentar **CONTESTAÇÃO** às conclusões apresentadas no RELATÓRIO FINAL DE AUDITORIA na Execução do Contrato de Concessão Administrativa nº 001/2011, instaurada a partir das Portarias nºs 031/2019 e 086/2019 da CONTROLADORIA GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE, conforme razões que seguem.

I – CONCLUSÕES DA AUDITORIA.

O relatório argumenta e conclui que:

a) A parcela fixa da contraprestação ajustada no Contrato de Concessão Administrativa nº 001/2011 diz respeito à remuneração da Concessionária concernente à disponibilização da infraestrutura da Arena das Dunas. Refere-se, pois, à execução das obras de sua construção e os serviços correlatos. Estima-se que o Poder Concedente repassará a quantia de R\$1.525.706.265,46, sendo R\$1.199.019.649,08, relativo à parcela fixa. Por sua vez, a Concessionária tomou empréstimos junto ao BNDES e à financeira Vinci Crédito e Desenvolvimento, nos valores respectivos de R\$396.571.000,00 e R\$79.280.000,00, sendo que pagará aos credores a quantia de R\$837.813.203,00. Assim, a contraprestação do Poder Concedente supera em 30% os serviços prestados pela Concessionária (diferença de R\$361.206.446,08), acarretando um lucro exorbitante. O Poder Concedente já dispendeu de contraprestação (parcela fixa) à concessionária, até outubro de 2019, R\$626.671.272,93, enquanto esta já desembolsou, de empréstimo ao BNDES e ao Banco VINCI, a quantia de R\$517.483.169,95. Assim, os pagamentos do Poder



Concedente excedem as quantias despendidas pela Concessionária em R\$109.188.102,98. O montante da dívida da Concessionária para quitação dos empréstimos é de R\$320.330.033,05, enquanto o Poder Concedente ainda deve a ela a quantia de R\$572.348.376,15, o que evidencia um excedente de R\$211.141.930,07. A falta de correlação entre a contraprestação e os investimentos da Concessionária é lesiva ao patrimônio público. Aponta a abusividade da cláusula correspondente. Nesse contexto, recomenda que o Estado suspenda os pagamentos da parcela fixa até que a Concessionária quite os empréstimos no mesmo patamar desembolsado até agora pelo Poder Concedente, igualando os valores despendidos pelas partes. Depois disso, recomenda que o Poder Concedente só pague a contraprestação (parcela fixa) até atingir o montante de R\$837.813.203,00, que corresponde aos recursos comprovadamente obtidos pela Concessionária para a realização das obras da Arena das Dunas (fls. 14/25 e 66/69 do relatório final da auditoria);

b) os níveis de avaliação do QID são insuficientes e permitem que a concessionária, focando nos fatos de maior peso, obtenha pontuação maior ou igual a 80 pontos, levando-a a receber os valores integrais da parcela variável, que compõe, junto com a parcela fixa, a contraprestação do Poder Concedente. Recomenda, dessa forma, a revisão do contrato para redimensionar o QID e incluir novos níveis; estabelecer que a quantificação da parcela variável acompanhe a nota atribuída pelo verificador independente e, finalmente, estabelecer que irregularidades constatadas na manutenção, gestão e operação sejam punidas, ainda mais quando se trata de reincidência. A auditoria ainda faz comparação com o Estado de Pernambuco, afirmando que aquele Estado investiu na gestão, operação e manutenção da Arena Pernambuco o valor médio de R\$900.000,00 (média mensal no ano de 2018), cuidando-se de arena maior (44.300 espectadores), enquanto o Rio Grande do Norte despendeu, até abril de 2020, a título de parcela variável, o total de R\$2.181.719,74, embora a



Arena das Dunas possui capacidade para 31.368 espectadores. Assim, recomenda a renegociação dos valores pagos a título de parcela variável, realizando amplo estudo capaz de mensurar quais os critérios necessários para que esses serviços sejam prestados e, ao mesmo tempo, estimem parâmetros justos a ambas as partes para a remuneração (fls. 26/29 e 70 do relatório final da auditoria).

c) A Concessionária realiza interpretação equivocada do conceito de receita líquida, critério adotado na cláusula 24.3 do Contrato de Concessão Administrativa, para aferição da parte cabente ao Poder Concedente (50%) na repartição da receita proveniente de fontes adicionais. Entende que o conceito deve ser o contábil, com base no art. 187 da Lei 6.404/76, que compreenderia a receita bruta diminuída dos tributos incidentes. A Concessionária, por sua vez, deduz, além dos tributos incidentes, diversos custos, inclusive não relacionados diretamente com o contrato gerador da fonte adicional de receita, embutindo despesas gerais e administrativas, recorrentes e referentes ao funcionamento normal da Arena das Dunas. Afirma que a Concessionária costuma responsabilizar as concessionárias de contratos de cessão de espaço (fonte adicional de receita) por todos os custos referentes à prestação correspondente, de forma que a receita obtida já é líquida. Ademais, se os custos da concessionária fossem considerados para efeito de desconto, as despesas tidas pelo Estado com a Arena deveriam ser também igualmente rateadas entre as partes do contrato de concessão, sendo abatidas no cálculo do rateio das receitas adicionais. Acrescenta que a previsão quanto à divisão da receita líquida decorrente das fontes adicionais de receitas foi estabelecida no Ato Convocatório (fls. 23 do Anexo IV) do Edital de Licitação da Concorrência Internacional. A forma de cálculo adotada pela Concessionária diminui o repasse ao Estado, realçando que não há especificação de tais despesas e nem demonstração da pertinência dos gastos com a prestação do serviço. Rebate os argumentos da Concessionária



em contrário, afirmando que o conceito contábil decorre do disposto no art. 187 da Lei 6404/76, já mencionado, bem como da literalidade do contrato; que o critério concretiza as diretrizes das Parcerias Público-Privadas, que são “a eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade” e a “transparência dos seus procedimentos e decisões” (art. 4º, I e V, da Lei 11.079/2004). E acrescenta, o ofício 065/2013 do Secretário da Secretaria Extraordinária para Assuntos Relativos à Copa do Mundo de 2014 (SECOPA), Engenheiro Demétrio Paulo Torres, não autoriza que sejam abatidas despesas gerais e administrativas tidas pela Concessionária, nem derroga as previsões legais e contratuais. Aduz, ainda, que o decurso do tempo não tem o poder de convalidar ato nulo. Ao auditar os contratos firmados pela Concessionária com terceiros, referentes ao período de 2014/2019, aponta a obtenção de receita total arrecadada de R\$27.898.105,83, que, atualizada até novembro de 2019, monta R\$30.609.397,90. Desse total, deduzido apenas tributos incidentes, obtêm-se receita líquida de R\$27.670.887,93. Ocorre que a Concessionária repassou ao Poder Concedente apenas R\$1.511.889,88, remanescendo débito de R\$12.323.554,50. Afirma que a Concessionária não apresentou todos os contratos, apontando os de nºs 1085-00-2018, 1158-00-2018, 1160-00-2018, 1173-00-2018 e 1174-00-2018, que somados, totalizam o valor de R\$118.000,00. Segundo a Concessionária, as cessões foram gratuitas, abrindo mão dos pagamentos correspondentes. O Poder Concedente, contudo, possui direito à metade dos valores contratados, argumentando que a cessão propiciou vantagem de outro tipo à Concessionária, como publicidade e marketing, ou seja, um retorno não financeiro. Baseando-se nas demonstrações contábeis da Concessionária, identifica o recebimento da quantia de R\$32.508.133,68, que, atualizados pelo IPCA, monta R\$35.657.111,48. Como somente foi repassado o valor de R\$1.511.889,88, aponta crédito em favor do Poder Concedente de R\$16.316.665,86. Estima, dessa forma, uma economia futura de R\$40.858.619,36, levando em consideração a média anual das receitas oriundas



de fontes adicionais nos últimos cinco anos (R\$6.003.102,94), sem considerar índices de inflação. Afirma ainda que a Concessionária viola o dever legal (art. 31, V, da Lei 8.987/95) e contratual (cláusulas 13, 32 e 46) de informação e transparência, havendo descompasso entre os registros contábeis e os contratos fornecidos para auditoria. Recomenda, finalmente, o abatimento da quantia de R\$16.316.665,86 (crédito de receitas adicionais) dos valores a serem repassados futuramente à Concessionária e a realização de aditivo contratual, estabelecendo o período e as condições de pagamento das receitas adicionais; que os valores sejam acompanhados de cálculo das receitas e de seus abatimentos, com todos os valores discriminados; e que sejam ratificados pelo fiscal do contrato e pelo verificador independente (fls. 42/63 e 75/79 do relatório final da auditoria).

d) Em relação à cobrança da quantia de R\$33.291.966,18 pela Concessionária, relativa ao atraso no pagamento de contraprestações pelo Poder Concedente (Comunicação ADCE nº 022/2020, de 28.02.2020), sendo R\$26.162.328,75 relacionados à atualização do valor devido e o restante, R\$7.129.637,43, concernentes à multa de 5% prevista na cláusula 42.1 do contrato de concessão, sustenta ser descabida. No que diz respeito à atualização monetária e juros de mora, sustenta a falta de previsão contratual (cláusulas 25.5, 45.1, I e 42.1). Por sua vez, no que toca à multa, sustenta a necessidade de análise específica e minuciosa, visando verificar se o atraso não se deve à demora por força da necessária transferência interbancária. Isto porque a Concessionária disponibilizou conta em banco diferente daquele em que opera o Governo do Estado do Rio Grande do Norte. Portanto, há que se considerar como data do pagamento aquela do depósito efetuado pelo Poder Concedente e não a data em que os valores ingressaram na conta da Concessionária. Assim, recomenda o recálculo dos valores para afastar a atualização monetária e juros e análise em relação à multa (fls. 63/65 e 85/86 do relatório final da auditoria).



II – PRELIMINARMENTE: violação ao devido processo legal. Nulidade das conclusões.

A Concessionária surpreendeu-se com o teor do Relatório Final da Auditoria, encaminhado por meio do ofício nº 141/2020/CONTROL-GC-CONTROL, de 13/05/2020.

Afinal, até o presente momento, só tinha conhecimento da Nota de Auditoria nº 3/2020 - CONTROL, encaminhada pelo Ofício 36/2020/CONTROL-GC-CONTROL, de 19.02.2020, para sua manifestação, **contendo matéria restrita, relacionada à repartição das fontes adicionais de receita.**

Surge, então, um extenso relatório, contendo **temas jamais tratados com a Concessionária**, apontando supostas irregularidades e promovendo o aconselhamento para **adoção de medidas violadoras das bases legais e contratuais.**

Sem oportunizar manifestação à Concessionária, em violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, corolários do devido processo legal (art. 5º LV, da CF¹, art. 2º, “caput” da Lei 9.874/99² e art. 5º da LC Estadual 303/2005³), os trabalhos da auditoria foram encerrados, com conclusões equivocadas, comprometedoras de sua finalidade, proporcionando

¹ 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: (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

² Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.



aconselhamento ao Poder Concedente para adoção de medidas desarrazoadas e contrárias aos ditames legais e contratuais.

Hely Lopes Meirelles já nos lembrava:

“Assim, segundo Ada Pellegrini Grinover, “a Constituição não mais limita o contraditório e a ampla defesa aos processos administrativos (punitivos) em que haja acusados, mas estende as garantias a todos os processos administrativos, não-punitivos e punitivos, ainda que neles não haja acusados, mas simplesmente *litigantes*”. E – arremata a renomada autora – “litigantes existem sempre que, num procedimento qualquer, surja um conflito de interesses. Não é preciso que o conflito seja qualificado pela pretensão resistida, pois neste caso surgirão a lide e o processo jurisdicional. Basta que os partícipes do processo administrativo se anteponham face a face, numa posição contraposta. Litígio equivale a controvérsia, a contenda, e não a lide. Pode haver litigantes – e os há – sem acusação alguma, em qualquer lide” (Direito Administrativo Brasileiro / Hely Lopes Meirelles. – São Paulo: Malheiros, 37ª ed., pág. 105).

De que adianta uma auditoria, que pretende orientar e subsidiar ações do Poder Concedente, se ela não garante a qualificada participação da concessionária?

Indispensável não só oportunizar a manifestação da concessionária, mas, sobretudo, assegurar-lhe a oportunidade de produzir elementos de prova que permitam subsidiar adequadamente a decisão administrativa.

A propósito adverte Maria Sylvia Zanella Di Prieto:

Em atendimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa, a Lei 9.784/99 assegura ao administrado os direitos de ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões

³ Art. 5º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, isonomia, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica e eficiência.



proferidas; formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente; (Direito Administrativo / Maria Sylvania Zanella Di Prieto. – 26. ed. – São Paulo: Atlas, 2013, pág. 693).

Dessa forma, o procedimento, respeitosamente, está eivado de nulidade, não se prestando aos fins a que se pretende.

Diversamente do que se concluiu, a Concessionária e o Poder Concedente pautaram-se na mais absoluta obediência aos preceitos legais e contratuais, inexistindo ilegalidades ou irregularidades a sanar, consoante será demonstrado.

II – RAZÕES DE CONTESTAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA

A) DA CONTRAPRESTAÇÃO – PARCELA FIXA

A auditoria, explicitando a finalidade da “parcela fixa”, que “diz respeito à remuneração da Concessionária concernente à disponibilização da infraestrutura”, ou seja, “refere-se à execução das obras de construção da Arena das Dunas e os serviços correlatos”, considera abusiva a contraprestação do Poder Concedente porque supera 30% dos serviços prestados pela Concessionária.

Para chegar a essa conclusão, equivocadamente, considera que a concessionária deveria receber apenas o que desembolsou e desembolsará para quitação dos empréstimos tomados junto ao BNDES e Banco Vinci. Assim, estimando que o Poder Concedente repassará à Concessionária R\$1.199.019.649,08 e que esta pagará aos financiadores, pelos empréstimos tomados, R\$837.813.203,00, encontra diferença de R\$361.206.446,08, que corresponde a 30% do valor supostamente gasto pela Concessionária com a



execução das obras e serviços correlatos. Este o conjecturado lucro abusivo da concessionária.

A conclusão parte, contudo, de premissa equivocada, para dizer o mínimo.

Em resumo, são cinco razões para o absoluto equívoco da premissa estabelecida: (i) considera o pagamento de contraprestação pelo Estado até 2034, quando o contrato se encerra em 2031; (ii) ignora o aporte de capital próprio do acionista da concessionária; (iii) ignora os tributos incidentes sobre os valores pagos pelo Estado; (iv) ignora custos diversos assumidos pela Concessionária e que precisam ser ressarcidos pelo Poder Concedente; e, **por fim e principalmente, (v) agride abertamente o conceito de PPP e expressas disposições contratuais**, pretendendo uma revisão do contrato que o aniquila por completo.

Sobre (i), cabe observar que a Auditoria estima que o Poder Concedente repassará a quantia de R\$1.525.706.265,46 à Concessionária, sendo R\$1.199.019.649,08 relativos à parcela fixa. Ocorre que os cálculos estão baseados em planilha que considera **o encerramento do contrato em 2034 (anexo I), quando na verdade ele se finda em 2031.**

O prazo da concessão está estipulado na cláusula 7.1, que estabelece:

O prazo da CONCESSÃO ADMINISTRATIVA é de 20 (vinte) anos, compreendido o prazo para a execução da OBRA e da efetiva prestação do SERVIÇO objeto da CONCESSÃO ADMINISTRATIVA, contados a partir da DATA DA EFICÁCIA DO CONTRATO.



A DATA DE EFICÁCIA DO CONTRATO, por sua vez, está estabelecida na cláusula 1.1, V, que dispõe:

DATA DE EFICÁCIA DO CONTRATO: momento em que as obrigações da CONCESSIONÁRIA serão exigíveis pelo Poder Concedente, respeitado o prazo constante do item 7.3, da Cláusula 7 deste CONTRATO, à ocorrência cumulativa de (i) emissão de ordem de serviço para início da OBRA; (ii) constituição da garantia pública nos termos previstos neste CONTRATO e no EDITAL; e (iii) estruturação e assinatura dos instrumentos de financiamento necessários à implementação do objeto deste CONTRATO, conforme a Proposta Comercial apresentada pela CONCESSIONÁRIA quando da CONCORRÊNCIA N 01/2010. Considera-se “DATA DE EFICÁCIA DO CONTRATO” aquela em que se der o atendimento de todas essas condições;

Considerando que todas as condições foram atendidas em 2011 e o prazo da concessão é de 20 anos, compreendidas a execução da obra e a prestação de serviços, o contrato findará em 2031.

Assim, os cálculos de estimativa de repasses a título de contraprestação estão incorretos.

Sobre (ii), cabe registrar que a auditoria supõe que o capital aportado pela Concessionária provém apenas dos financiamentos obtidos juntos aos financiadores aludidos. Esquece-se, contudo, que investimentos foram realizados diretamente por seus acionistas, na ordem de 14% (quatorze por cento) do capital necessário à implantação do projeto, cuja remuneração fora ignorada pela Auditoria.

Com efeito, o acionista da Concessionária aportou R\$ 75.011.971,12 (setenta e cinco milhões, onze mil, novecentos e setenta e um reais e doze centavos) entre os anos de 2011 e 2014, conforme apropriado e refletido nas demonstrações financeiras da Concessionária.



Ainda que a “conta” da Auditoria seja absolutamente fora de propósito, tanto por agredir abertamente a estrutura básica de remuneração estabelecida por contrato decorrente de licitação pública, quanto por não ter qualquer aderência ao que possa ser entendido como uma concessão de serviço público, ela ignorou o expressivo montante aportado pelo acionista da Concessionária, num momento, aliás, em que sequer havia a contraprestação pública.

Vale dizer: a Auditoria pretende atribuir ao parceiro privado a integralidade do risco financeiro inerente à transação; circunstância que não fora contratada, e nem poderia, em razão do influxo das leis de regência desta espécie de contrato.

A Auditoria também deixou de considerar que os valores da contraprestação pagos pelo Poder Concedente são “brutos”, ou seja, não foi feita a dedução dos tributos incidentes.

Vale dizer: a Arena das Dunas não recebe nem receberá do Estado o valor de R\$1.199.019.649,08. Há uma carga tributária de cerca de 26% (vinte e seis por cento) sobre este montante, compreendendo alíquotas efetivas de IRPJ e CSLL (12,2%) e ISS, PIS e COFINS (13,85%).

A propósito, a Concessionária contratou trabalho de revisão do seu auditor independente externo (*BDO RCS Auditores Independentes S/S – doc. 01*)), que se debruçou sobre as demonstrações financeiras de todo o período examinado pela CONTROL e constatou: (i) a acuidade das demonstrações contábeis da Arena das Dunas; (ii) a carga tributária efetiva da operação do equipamento, destacada *supra*; (iii) a aplicação prática da repartição das receitas acessórias *vis à vis* os conceitos do contrato e ofício interpretativo de



2013; e, (iv) a margem média de contribuições das receitas acessórias para a concessão.

Portanto, evidente o equívoco do Relatório ora combatido, que desconsiderou a efetiva carga tributária suportada pela operação da Arena das Dunas.

Acerca do argumento (iv) *supra*, a Auditoria deixa de considerar que o contrato impõe uma série de custos à Concessionária que precisam compor a sua remuneração: garantias, seguros, operação do equipamento etc., inclusive ressarcir os gastos realizados pelo Poder Concedente na “elaboração de Projetos Complementares Básicos” e “alterações de Projetos Arquitetônicos Básicos”, totalizando R\$4.630.500,00 (cláusula 57 do contrato de concessão).

Por fim, e o mais preocupante, a ideia de atrelar a contraprestação fixa do Poder Concedente ao mero repasse de valores aos financiadores do projeto não encontra o menor sentido econômico, tampouco mínima correspondência no regime das Parcerias Público-Privadas.

Do ponto de vista econômico, não há racionalidade alguma na ideia de que se pudesse contratar empresa para assumir um risco monumental de implantar um projeto de monta para receber, exatamente, o mesmo valor gasto com os financiamentos obtidos. **Sem qualquer remuneração pelo risco assumido ou pelos serviços agregados prestados ao longo de décadas.**

Esta constatação já seria suficiente para afastar a “recomendação” do relatório.



Mas não é só.

A conclusão também agride o regime jurídico inaugurado pela Lei nº 11.079/2004 (LPPPs). Esta Lei pretendeu suprir lacuna das Lei nºs 8.666/1993 (LGC) e 8.987/1995 (LC) em relação aos grandes projetos de infraestrutura que demandavam significativos aportes do Estado por prazo superior aos 60 meses da LGC.

Vale dizer: a Lei de PPPs possibilitou que o Estado pudesse contratar serviços e obras com longo prazo, autorizando a assunção de riscos pelo particular e, por outro lado, lapso de tempo adequado para que a Administração Pública pudesse amortizar estes investimentos e remunerar a prestação dos serviços ao longo do tempo, o que não era possível por meio do regime geral da Lei nº 8.666/93.

Nas precisas palavras da Professora Vera Monteiro⁴, que examina, inclusive, o contrato da Lei nº 8.666/93 *vis à vis* a concessão administrativa:

“E o modelo básico contratual da Lei 8.666/1993 não se confunde com a concessão administrativa da Lei 11.079/2004 porque naquele modelo a Administração responsável pelo serviço só formaliza a contratação se tiver previsão de recursos orçamentários próprios para levá-lo até o final; o contratado recebe sua remuneração durante a prestação do serviço, segundo medições que determinem qual o dispêndio do contratado no período, observado o prazo máximo de pagamento de 30 dias para cada parcela, sob pena de incidirem encargos de mora; e não é permitida a vinculação do pagamento pela prestação do serviço à exploração que se venha a fazer do empreendimento.”

⁴ MONTEIRO, Vera. Concessão. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 178



No caso, o Estado do Rio Grande do Norte fez a opção técnica, à época da licitação, de se valer do regime das PPPs, de modo que pudesse contratar, a um só tempo, a demolição, construção e operação de uma arena multiuso de padrão internacional ao longo de 20 anos.

A remuneração de um contrato de longo prazo, obviamente, é muito diferente da que ocorreria no caso da Lei nº 8.666/93.

A auditoria, por sua vez, pretende que, feita a opção pela PPP, o Estado passe, agora, a remunerar o particular num modelo mais aproximado daquele da 8.666/93.

Desconsidera, abertamente, que a remuneração também deve contemplar os riscos inerentes ao projeto, lembrando que a Lei 11.079/2004, em seu art. 5º, III, prevê *a repartição dos riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.*

E, por fim, **que a contraprestação também deve propiciar lucro ao empreendedor**, efeito inerente a uma parceria público-privada. A propósito, Maria Sylvia Zanella Di Prieto, ao tratar das peculiaridades da concessão do serviço público, ao qual se amolda a concessão administrativa, lembra: *“o concessionário executa o serviço em seu próprio nome e corre os riscos normais do empreendimento; ele faz jus ao recebimento da remuneração, ao equilíbrio econômico da concessão, e à inalterabilidade do objeto”* (Ob. cit., pág. 305).

A importância da disciplina contratual da contraprestação da concessionária está realçada pela garantia de recomposição



do equilíbrio econômico financeiro do contrato, assegurada pelo art. 5º, IV, da Lei 11.079/2004⁵ e ajustada na cláusula 21.

Nada justifica atrelar a contraprestação correspondente à parcela fixa ao valor financiado, desprezando os demais fatores que compõe os custos e a remuneração da concessionária.

As cláusulas relativas à contraprestação do Poder Concedente nada possuem de ilegais ou abusivas, refletindo a opção administrativa pautada nos ditames legais disponíveis à época da licitação e contratação, notadamente aqueles dispostos nas Leis 11.079/2004, 8.987/95 e 8.666/1993, com observância estrita aos termos do edital de concorrência pública.

A recomendação de sobrestamento do repasse de valores, acaso acolhida pela Administração, ensejará **a mais grave** infração contratual, ferindo a garantia do equilíbrio econômico-financeiro e trazendo prejuízos financeiros futuros ao Poder Concedente.

B) DOS NÍVEIS DE AVALIAÇÃO DO QUADRO DE INDICADORES DE DESEMPENHO – PARCELA VARIÁVEL

A auditoria considera insuficientes os níveis de avaliação do QID adotados no contrato.

A recomendação da auditoria de revisão do contrato para redimensionar o QID e incluir novos níveis não se pauta na busca de uma

⁵ Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no [art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#), no que couber, devendo também prever: (...) IV – as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais;



melhor prestação do serviço público. **Está exclusivamente voltada a reduzir a remuneração da Concessionária.**

Não há queixa específica à qualidade da prestação de serviço, nem evidência de que a Concessionária tenha se valido de suposta brecha contratual, focando em fatores de maior peso, a fim de obter a pontuação máxima, desprezando outros de menor relevância.

Data vênia, a recomendação, que não objetiva coibir abusos ou tornar mais eficiente e qualificado o serviço, não pode ser aceita pela concessionária.

O tão repisado caráter vinculante do edital, previsto no art. 3º da Lei 8.666/93, invocado pela auditoria em favor do Poder Concedente, também se volta contra ele, à luz do que estabelece art. 41, “caput”, do aludido diploma legal, ao afirmar: *A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.*

O contrato foi firmado nos termos do edital e a remuneração e forma de apurá-la são regras centrais da licitação e correspondente concessão, não podendo sofrer modificação unilateral.

Ao contrário, imperiosa sua preservação, sob pena de quebra indevida do equilíbrio contratual.

Invoca-se mais uma vez Maria Sylvia Zanella Di Pietro para lembrar que:

Ao poder de alteração unilateral, conferido à Administração, corresponde o direito do contratado, de ver mantido o equilíbrio econômico-financeiro do



contrato, assim considerada a relação que se estabelece, no momento da celebração do ajuste, entre o encargo assumido pelo contratado e a prestação pecuniária assegurada pela Administração (Ob. cit., pág. 279).

O art. 58, I, da Lei 8.666/93 estabelece:

O regime jurídico dos contratos administrativos, instituídos por esta Lei confere À Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I – modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

(...)

§1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

E mais, no art. 65 da referida Lei das Licitações e Contratos Administrativos dispõe que:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

II - por acordo das partes:

a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;

b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

d) (VETADO).

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis,



retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

(...)

6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

Aliás, lembra a ilustre Professora, ao apresentar os traços comuns à concessão patrocinada e à concessão administrativa, ainda que:

b) a garantia do equilíbrio econômico-financeiro, não prevista expressamente na Lei 11.079/04, mas decorrente, na concessão patrocinada, da aplicação subsidiária da Lei nº 8.987/95, em especial os artigos 9º e 10; em ambas as modalidades, a garantia decorre implicitamente do art. 5º, III e IV, da Lei nº 11.079, que prevê, entre as cláusulas que devem ser incluídas no contrato de parceria, a que diz respeito à “repartição de risco entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária” e à “forma de remuneração e atualização dos valores contratuais”; trata-se de técnicas consagradas precisamente para garantir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos (Ob. cit., pág. 323).

A finalidade da recomendação da auditoria, de encontrar forma de reduzir a remuneração da concessionária, não se ajusta às hipóteses legais de revisão do contrato e muito menos modificação unilateral.

Sequer é possível aceitar a comparação entre a remuneração despendida entre os Estados do Rio Grande do Norte e o de Pernambuco, com a concessão de suas arenas, pautada exclusivamente no número de espectadores. Ora, inúmeros são os fatores e condições que determinam a fixação da remuneração ao concessionário, não sendo possível a utilização exclusiva de um único critério aleatório. Não há estudo técnico idôneo demonstrando identidade absoluta de condições e características.



Assim, há de prevalecer as regras fixadas no contrato de concessão, em estrita observância aos termos do edital, ausente causa legal justificável para qualquer renegociação da contraprestação ajustada contratualmente.

C) DAS FONTES ADICIONAIS DE RECEITA. RECEITA LÍQUIDA. REPARTIÇÃO DE RECEITA COM O PODER CONCEDENTE

A matéria em comento já foi exaustivamente abordada por esta concessionária, através de resposta ao ofício nº 36/2020/CONTROL – CG – CONTROL, veiculando a nota nº 3/2020 – CONTROL.

Inicialmente, a auditoria aponta equívoco da concessionária na interpretação do conceito de receita líquida proveniente das fontes adicionais de receita, prevista na cláusula 24.3. Afirma que o conceito deve ser o contábil, consoante art. 187 da Lei 6.404/76⁶ e compreende receita bruta diminuída apenas dos tributos incidentes, não sendo possível o abatimento dos custos da cessão do espaço.

1. Da ilegalidade da metodologia adotada pela auditoria para revisão da cláusula de remuneração pelas fontes adicionais de receitas.

⁶ Art. 187. A demonstração do resultado do exercício discriminará:

I - a receita bruta das vendas e serviços, as deduções das vendas, os abatimentos e os impostos;
II - a receita líquida das vendas e serviços, o custo das mercadorias e serviços vendidos e o lucro bruto;

III - as despesas com as vendas, as despesas financeiras, deduzidas das receitas, as despesas gerais e administrativas, e outras despesas operacionais;

IV – o lucro ou prejuízo operacional, as outras receitas e as outras despesas; ([Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009](#))

V - o resultado do exercício antes do Imposto sobre a Renda e a provisão para o imposto;

VI – as participações de debêntures, empregados, administradores e partes beneficiárias, mesmo na forma de instrumentos financeiros, e de instituições ou fundos de assistência ou previdência de empregados, que não se caracterizem como despesa; ([Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009](#))

VII - o lucro ou prejuízo líquido do exercício e o seu montante por ação do capital social.



Consoante já afirmado pela concessionária, a *metodologia de apuração da remuneração adicional, consoante cláusula 24.3 do Contrato de Concessão Administrativa 001/2011* foi estabelecida pelo próprio Poder Concedente, através do Ofício nº 065/2013-SECOPA, de 30.07.2013, firmado pelo seu representante legal, Eng. Demétrio Paulo Torres, que estabelece:

A remuneração adicional (receita líquida originada pelas fontes adicionais de receita) deverá ser identificada pelo resultado da (i) receita bruta de fontes adicionais subtraídas as (ii) despesas realizadas para geração destas receitas, em conformidade com o definido na cláusula 24.3.

Ao explicitar o que seria considerado *Despesas para Geração de Receitas*, afirmou:

As despesas realizadas para geração destas receitas devem ser calculadas através da soma dos custos e dos tributos incidentes sobre as fontes adicionais de receitas. Estes valores serão listados no demonstrativo de resultados nas seguintes linhas:

(i) Tributos Incidentes sobre Receitas: Detalhados nas notas explicativas das DFs de receita líquida.

(ii) Custos: A totalidade da rubrica custos antes do lucro bruto (gastos vinculados à obtenção da receita).

Desta maneira, os custos e tributos, que são vinculados à realização do evento, devem ser incluídos na prestação de contas. No entanto, as despesas gerais e administrativas não serão incluídas no cálculo.

Finalizou, aduzindo que:

Após a apuração da remuneração adicional, este será dividido, cabendo 50% (cinquenta por cento) ao PODER CONCEDENTES, de acordo com a cláusula 24.3 do Contrato de Concessão supracitado.

Diferentemente do que conclui a auditoria, a metodologia orientada pelo Poder Concedente tem absoluta relevância,



autorizando sua estrita observância pela concessionária, sem constituir derrogação de previsões legais e contratuais. **Antes expressa exatamente o alcance das disposições contratuais (interpretação autêntica)**, estando em conformidade com a lógica econômica do contrato, o princípio da boa-fé que norteia as relações contratuais, não ferindo qualquer disposição legal e sim observando fielmente a disciplina legal da concessão administrativa (Lei 11.079/2004).

Consoante advertem Floriano de Azevedo Marques Neto, Marcos Augusto Perez e Rafael Garofano, em parecer anexo ao presente, a finalidade das fontes adicionais de receita é *aumentar a eficiência econômica do contrato, associar interesses públicos convergentes com os inerentes à concessão, e reduzir tarifas ou dispêndios públicos com a manutenção do serviço concedido* (fls. 11 do parecer).

A Lei 11.079/2004, em seu art. 6º, V, prevê que a *contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por: ... V – outros meios admitidos em lei* e o art. 11 da Lei 8.987/95 estabelece que:

No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Sem dúvida alguma, a previsão de fonte alternativa de receita objetiva reduzir custos para a Administração Pública, que, na concessão administrativa, arca com a contraprestação pecuniária integralmente, sendo



usuária direta ou indireta dos serviços públicos prestados (art. 2º, §2º, da Lei 11.079/2004⁷).

Assim, o mote da inclusão da cláusula instituidora de fonte adicional de receita, consoante observa o parecer citado, é estimular o *concessionário a incrementar esse tipo de atividade geradora de receita, com vista a favorecer ... a economicidade do projeto através da redução do valor das contraprestações devidas, o que pode muitas vezes representar a própria viabilidade econômico-financeira da concessão* (fls. 16 do parecer).

Evidente que a regra não pode conduzir ao prejuízo da concessionária, que não está obrigada a realizar a atividade geradora da fonte extraordinária de receita. Nem a lei, nem o contrato impõem tais contratações. Busca-se um compartilhamento de ganho, como forma de incremento de receita, benéfica a ambas as partes contratantes.

Aliás, é da essência da parceria, inclusive na forma de concessão administrativa, a garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, assegurada pelo art. 5º, incisos III, IV e IX, da Lei 11.079/2004, que estabelecem a previsão obrigatória de cláusulas que prevejam *a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária* (inciso III), *as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais* (inciso IV) e *o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado* (inciso IX).

⁷ Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. (...)

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.



Daí porque, invocando mais uma vez o parecer anexo, *a divisão de ganhos econômicos provenientes da exploração autorizada de receitas extraordinárias em contratos de concessão comum ou parcerias público-privadas corresponde sempre à divisão dos lucros provenientes dessa atividade* (fls. 20 do parecer).

Assim, o conceito de *receita líquida* não pode ser o contábil, conforme afirmado pela Controladoria Geral do Estado, contrariando a própria interpretação pretérita do Poder Concedente, pois, invariavelmente, conduziria à frustração de receita e quebra do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato.

Afinal, abatida a carga tributária da receita bruta, e garantidos os 50% de *receita líquida* ao Poder Concedente, nada sobraria à concessionária, que teria que arcar com todos os custos da atividade com a parte remanescente da receita líquida auferida. O parecer anexo bem ilustra a situação, demonstrando, através de exemplo prático, que a interpretação pretendida acaba por conduzir exatamente ao sentido contrário à finalidade da norma que é incentivar e não desestimular a obtenção da receita extraordinária:

Dando um exemplo prático: se uma atividade vier a ser desempenhada mediante tributação geral de cerca de 20% das receitas, interpretando-se a regra contratual a partir da legislação tributária, o Poder Concedente capturaria 40% do total de receitas auferidas pela concessionária. Se, neste mesmo caso, a margem de lucro da concessionária for de 32% (margem presumida em alguns casos pela legislação federal), o Concessionário teria um prejuízo de 8% do valor das receitas auferidas para cumprir a regra do contrato (fls. 24).



A invocação do conceito contábil de receita líquida prevista no art. 187 da Lei 6.404/76, além de **contrariar a interpretação autêntica, emitida pelo próprio Poder Concedente**, não encontra amparo na legislação expressamente adotada no contrato de concessão (cláusula 3.2) e contraria as finalidades das Leis 11.079/2004 e 8.987/95, estas expressa e especialmente aplicáveis.

A auditoria argumenta que o contrato não pode conter palavras inúteis e que o edital, que já descrevia “receita líquida” ao invés de “lucro líquido”, conforme sustenta a concessionária, constitui regra obrigatória, vinculando as partes contratantes.

Primeiramente, é preciso lembrar que o edital e o contrato de concessão não explicitam o sentido de receita líquida e afirmam observância ao art. 17 da CF, às Leis Federais 8.987/95, 9.074/95, 8.666/93, 11.079/2004, a LC Estadual 307/2005, Lei Estadual 9.395/2010 e Lei Estadual 9.466/2011, não apresentando qualquer referência à Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76).

Em segundo plano, cabe considerar que a regra do art. 187 da Lei 6.404/76 tem por finalidade a demonstração do resultado do exercício da Sociedade Anônima. Para apurá-lo a lei discrimina como será realizada a demonstração, exigindo que se identifique receita bruta, receita líquida, lucro bruto, lucro líquido etc. O objetivo é diverso, não guardando qualquer relação com repartição de receita.

Aliás, a regra do art. 12 do Dec.-Lei 1.598/77⁸, também invocada pela auditoria, define receita bruta e receita líquida para fins de imposto

⁸ Art. 12. A receita bruta compreende:



de renda da pessoa jurídica, ou seja, para fins de disciplinar a escrituração e sua fiscalização na apuração do lucro passível de tributação. Aqui também a preocupação é outra.

A interpretação plausível para o sentido de receita líquida, à luz das Leis 11.079/2004 e 8.987/95, diretas do contrato, é aquela que faz o próprio Poder Concedente e a Concessionária adota, seguindo fielmente as orientações por ele emanadas. Afinal, **somente ela é capaz de garantir a viabilidade da obtenção de fontes adicionais de receita**, que beneficiam o Poder Concedente, minorando o dispêndio de gastos públicos com o contrato.

O próprio contrato de concessão, ao tratar da interpretação de seus dispositivos, estabelece na cláusula 4.4 que, *sem prejuízo do disposto nos itens anteriores, na interpretação e na integração do regime aplicável ao CONTRATO DE CONCESSÃO ADMINISTRATIVA, prevalecerá o interesse público do Poder Concedente na boa execução das obrigações da CONCESSIONÁRIA e na manutenção da CONCESSÃO ADMINISTRATIVA em funcionamento permanente de acordo com elevados padrões de segurança e conservação.*

A concessionária celebrou os contratos, fontes de receita adicional, confiante na interpretação de *receita líquida* adotada pelo Poder

I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria;
II - o preço da prestação de serviços em geral;
III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e
IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III.

§ 1º A receita líquida será a receita bruta diminuída de:

I - devoluções e vendas canceladas;

II - descontos concedidos incondicionalmente;

III - tributos sobre ela incidentes; e

IV - valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o [inciso VIII do caput do art. 183 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976](#), das operações vinculadas à receita bruta.



Concedente, pois somente ela poderia assegurar vantagens para ambas as partes, diretriz que não pode ser abandonada em parceria público-privada.

A única interpretação consentânea à finalidade legal da cláusula contratual é de repartição dos lucros, ou seja, do resultado econômico, o que, aliás, condiz com a própria redação da cláusula 24.3, ao mencionar a expressão *remuneração adicional*, que só pode ser o resultado da receita bruta, abatido os tributos incidentes e o custo dos serviços. Reparte-se o resultado econômico, o lucro, sem que se imponha prejuízo à concessionária e lucro exclusivo ao Poder Concedente.

Solução diversa, conforme pretendido, conduziria ao reconhecimento do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Afinal, as fontes de receita adicional *serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato*, a teor do parágrafo único do art. 11 da Lei 8987/95. Logo, a modificação da metodologia de cálculo demandaria necessária recomposição, na forma do art. 37, XXI, da CF⁹ e art. 9º, §4º, da Lei 8.987/95¹⁰.

A auditoria estima economia futura ao Poder Concedente de R\$40.858.619,36, levando em consideração a média anual das receitas oriundas de fontes adicionais nos últimos cinco anos (R\$6.003.102,94).

⁹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

¹⁰ Art. 9º. A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. (...)

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.



Contudo, diversamente do que supõe, **a mudança da metodologia redundará em prejuízos ao ente público, decorrentes da não obtenção da receita alternativa**. Dificilmente será possível celebrar contratos de cessão de espaço sob valores elevadíssimos, único meio capaz de propiciar compartilhamento de receitas, e certamente a concessionária não se disporá a firmá-los com prejuízo próprio ou sem qualquer vantagem.

Nesse sentido, aliás, é importante destacar trabalho revisivo realizado pela auditoria externa da empresa, que, após reexaminar as demonstrações contábeis da companhia para o item específico da repartição das receitas, afirma, enfaticamente: *pode-se concluir que a aplicação de uma regra de partilha das receitas provenientes das atividades acessórias da companhia cujo desconto observasse apenas os tributos **implicaria em sistemática inviabilidade econômica da exploração dessas atividades***. (destacou-se)

Vale dizer: a interpretação somente agora pretendida **aniquilará a possibilidade de percepção desta receita acessória, em prejuízo do próprio Parceiro Público**.

2. Da ilegalidade da revisão do ato administrativo lesivo ao princípio da segurança jurídica, da proteção à confiança e da boa-fé.

A auditoria propõe que o Poder Concedente reveja a metodologia de cálculo da repartição de receita proveniente de fonte adicional, com efeito retroativo, reconhecendo crédito inexistente e seu abatimento sobre valores a serem reparados à Concessionária.



Data vênia, a providência, se acolhida, redundará em ato ilegal, lesivo aos princípios da segurança jurídica, da proteção à confiança e da boa-fé.

A concessionária cumpriu fielmente a orientação da Administração Pública por mais de cinco anos, sendo agora surpreendida com a revisão de posicionamento e exigência retroativa de repasse recalculado a partir das novas premissas.

Ora, a novel pretensão estatal colide com os princípios da confiança e da segurança jurídica, que norteiam a relação do Poder Público com seus administrados, notadamente numa parceria público-privada, concessão administrativa, que observa diretrizes dentre as quais estão a *repartição objetiva de riscos entre as partes* (art. 4º, VI, da Lei 11.079/2004) e a *sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria* (art. 4º, VII, da Lei 11.079/2004).

Ao tratar dos princípios da Administração Pública, leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro que o princípio da segurança jurídica foi inserido *pelo art. 2º, 'caput', da Lei nº 9.784/99*. E acrescenta: *A segurança jurídica tem muita relação com a ideia de respeito à boa-fé. Se a Administração adotou determinada interpretação como a correta e a aplicou a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação* (Ob. cit., pág. 86). E prossegue a eminente jurista, *o princípio à proteção à confiança leva em conta a boa-fé do cidadão, que acredita e espera que os atos praticados pelo Poder Público sejam lícitos e, nessa qualidade, serão mantidos e respeitados pela própria Administração e por terceiros* (Ob. cit., pág. 87).



O Decreto-Lei nº 4.657/1942, instituidor da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro e alterado pela Lei 13.655/2018, que incluiu disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, estabelece:

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Parágrafo único. (VETADO).

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

As disposições em questão consagram o princípio *tempus regit actum*, de aplicação tranquila à norma legal, que se estende também à decisão administrativa, controladora e judicial, vedando sua retroatividade, para atingir situações pretéritas, já consolidadas na vigência de interpretação ou orientação anterior.

Em comentário aos dispositivos legais em questão, advertem Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald:

Com raízes latinas, a partir de parêmia ‘tempus regit actum’, no sistema jurídico brasileiro, havendo revogação de um entendimento e a construção de uma nova tese a sustentar determinada matéria, esta passará a reger as relações futuras, aplicável aos julgamentos supervenientes, sem alcançar situações pretéritas, praticadas à luz da confiança no aludido entendimento” (Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB / Cristiano Chaves de Faria e



Nelson Rosenvald – 17 ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, pág. 187).

Aliás, o art. 23 vai além, prevendo a exigência de um regime de transição, que, no dizer de Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald, significa *o auxílio da ‘modulação eficaz’, como instrumento de proteção daquele administrador ou particular que confiou no entendimento até então vigente* (Ob. cit., pág. 187).

Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas, comentando a Nova Lei da Segurança para a Inovação Pública (Lei 13.655/2018), afirmam:

Nesse quadrante, Luciano Ferraz aponta que duas das principais diretrizes impostas ao Poder Público, como o desiderato de proteger a esfera jurídica dos administrados, em face dos efeitos produzidos retroatividade dos atos estatais, são, justamente: (i) a irretroatividade das leis e demais atos estatais, bem assim de interpretações já realizadas pelos órgãos administrativos e judiciais acerca da legislação aplicável; e (ii) o dever de o Estado dispor sobre regras transitórias em razão de alterações abruptas de regimes jurídicos setoriais (‘v.g.’, ordem econômica, exercício profissional, servidores públicos). Ambas as vertentes são disciplinadas pelos artigos 23 e 24 da Lei 13.655/2018, que ora se comentam. O primeiro dispositivo, como visto, impõe o dever de o Poder Público instituir um regime de transição, que propicie que o particular possa se adaptar os efeitos jurídicos produzidos pela nova interpretação. E o segundo, que ora se comenta, interdita que a interpretação retroaja para o efeito de servir à análise de validade de atos jurídicos (Comentários à Lei 13.655/2018 (Lei de Segurança para a Inovação Pública) / Florianos de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas. – Belo Horizonte : Fórum, 2019, pág. 90).

Assim, não pode a Administração Pública rever seus atos, com efeito retroativo, pretendendo exigir pagamento de diferença de repasses, realizados com base na interpretação e orientação pretérita incorreta emanada do próprio Poder Concedente.



O ordenamento jurídico veda o comportamento contraditório do Poder Público (*non procedit venire contra factum proprium*).

A concessionária cumpriu exatamente a metodologia adotada pelo Poder Concedente, abatendo da receita bruta os tributos incidentes e custos dos eventos, com repasse de 50% da receita líquida ao Poder Público.

Celebrou os contratos, fonte de receita adicional, seguindo os parâmetros definidos pelo Poder Concedente, de forma que não pode ser surpreendida com mudança de comportamento, com efeito retroativo.

Assim, diferentemente do que sustentado, a orientação transmitida pelo representante do Poder Concedente e Secretário da Secretaria Extraordinária para Assuntos Relativos à Copa do Mundo de 2014 (SECOFA), Engenheiro Demétrio Paulo Torres, **tem relevância jurídica e não pode ser desconsiderada**, sob pena de violação aos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança e da boa-fé.

3. Da prescrição do direito de revisão do ato administrativo.

Ademais, cabe reconhecer que a Administração Pública pode rever seus atos, mas **deve fazê-lo dentro do prazo de cinco anos**, sob pena de prescrição administrativa, em conformidade com o disposto no art. 1º do Decreto nº 20.910/1932¹¹.

Não importa se nulo ou anulável o ato, a administração pública detém prazo legal para rever seus atos, observando Celso Antônio

¹¹ Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.



Bandeira de Mello, que ... o prazo prescricional ou decadencial para que o Poder Público invista contra atos nulos ou anuláveis é o mesmo: cinco anos (Curso de Direito Administrativo / Celso Antônio Bandeira de Mello – São Paulo: Ed. Malheiros, 30ª ed. rev. e atual., 2013, pág. 492).

Maria Sylvia Zanela di Prieto adverte: *Trata-se de aplicação do princípio da segurança jurídica e também da boa-fé: de um lado, o legislador quis beneficiar a estabilidade das relações jurídicas, impedindo que a possibilidade de invalidação do ato possa atingir situações já consolidadas pelo decurso do tempo; de outro, quis beneficiar o destinatário do ato ilegal que esteja de boa fé* (Ob. cit. – pág. 246).

Na falta de legislação própria no âmbito estadual, prevalece a regra geral, estabelecida no âmbito Federal. A propósito leciona Hely Lopes Meirelles, *quando a lei não fixa o prazo da prescrição administrativa, esta deve ocorrer em cinco anos, à semelhança da prescrição das ações pessoais contra a Fazenda Pública (Des. 20.910/32), das punições dos profissionais liberais (Lei 6.838/80) e para cobrança do crédito tributário (CTN, art. 174)* (Ob. Cit. – págs. 732/733).

O Superior Tribunal de Justiça já assentou:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ACUMULAÇÃO DE APOSENTADORIAS. ATOS NULOS E ANULÁVEIS. DECADÊNCIA. INCIDÊNCIA DO ART. 54 DA LEI 9.784/1999. 1. A autotutela administrativa dos atos anuláveis ou nulos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários está sujeita ao prazo de decadência quinquenal, previsto no art. 54 da Lei 9.784/1999. A regra não se aplica de forma retroativa, e, nos atos anteriores à citada norma, o termo a quo é o dia 1º.2.1999, data em que a lei entrou em vigor. Precedentes do STJ: AgRg no AREsp 586.448/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 30/3/2016; AgInt no AREsp 584.739/ES, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 24/10/2016; AgRg no REsp 1.133.471/PE, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Quinta Turma, DJe 25/6/2014; REsp 1.157.831/SC, Rel. Min.



Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24/4/2012. 2. Agravo Interno não provido. (AglInt no REsp 1749059/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/03/2019, DJe 28/05/2019) (negrito nosso).

Ora, o Poder Concedente estabeleceu o método de cálculo da receita líquida originada pelas fontes adicionais de receita em ofício encaminhado, em 30.07.2013, à concessionária, que passou a observar rigorosamente a determinação.

Agora, após mais de seis anos, não pode rever seus atos, modificando a orientação adotada, mormente com efeito retroativo, pois prescrito o direito de invalidação do ato administrativo.

4. Da equivocada compreensão dos contratos de cessão de espaço. Estrita observância pela Concessionária da metodologia adotada pelo Poder Concedente na apuração da receita líquida.

A auditoria, a partir da errônea compreensão dos custos da cessão de espaços, fonte de receitas adicionais, considera que a concessionária, ao apurar a receita líquida derivada, promove o abatimento de diversos custos, inclusive não relacionados diretamente com o contrato de cessão, embutindo despesas gerais e administrativas, recorrentes e referentes ao funcionamento normal da Arena das Dunas.

Afirma que a Concessionária costuma responsabilizar as cessionárias de contratos de cessão de espaço por todos os custos referentes à prestação correspondente, de forma que a receita obtida já é líquida. Ademais, se os custos da concessionária fossem considerados para efeito de desconto, as despesas tidas pelo Estado com a Arena deveriam ser também igualmente rateadas entre as partes do contrato de concessão, sendo abatidas no cálculo do rateio das receitas adicionais.



A conclusão deriva de premissa equivocada, incorrida exatamente porque não oportunizado à Concessionária contribuir com os trabalhos, demonstrando que os custos da cessão de espaços não foram transferidos integralmente às cessionárias.

A cláusula contratual citada no relatório final às fls. 45, não reflete os custos integrais do contrato de cessão. A cessão do espaço demanda uma série de outras despesas, que não podem ser enquadradas em despesas ordinárias da concessão administrativa e, portanto, compõem o custo de cada cessão para precificar a locação.

Esses custos são divididos em sete linhas de classificação: (i) energia elétrica, subdividido em iluminação, climatização e equipamentos; (ii) água; (iii) limpeza; (iv) hora-extra - manutenção / operações; (v) alimentação da equipe; (vi) manutenção do gramado; (vii) outros.

O incremento de cada linha de custo é aferido individualmente para cada evento e em cada evento é incorporado na respectiva medição. Assim, o incremento dos custos de pessoal da concessionária para cada evento, p.ex., não pode ser considerado despesa ordinária, não havendo de ser computada nos custos do contrato de concessão.

Vale dizer: a remuneração ordinária da concessão e a receita advinda da cessão do espaço para cada contratante **não** remunera os custos incrementais da Arena para realização destes eventos, de modo que estes precisam compor o rateio para apuração das receitas acessórias partilháveis.



A suposta discrepância entre a receita líquida das fontes adicionais constantes nas demonstrações contábeis da Arena das Dunas com a contabilidade dos contratos verificados pela auditoria decorre da não consideração de todos os custos gerados pelos eventos objeto dos contratos de cessão de espaço, passíveis de abatimento.

5. Da impossibilidade de inclusão de receitas não auferidas. Da não violação aos deveres de informação e transparência

A auditoria sustenta que a concessionária não apresentou todos os contratos fontes de receita adicional, identificando cinco supostamente omitidos, ferindo, assim, os deveres de informação e transparência. Entende que o Poder Concedente possui direito ao recebimento de 50% dos valores contratados, pois a concessionária auferiu vantagens, um retorno não financeiro, com as cessões firmadas.

Não bastasse a alteração de metodologia, em desconformidade com a lei, a auditoria pretende ver incluir, como fonte adicional, **receitas não auferidas pela concessionária.**

Nos contratos nºs 1085-00-2018, 1158-00-2018, 1160-00-2018, 1173-00-2018 e 1174-00-2018 (que, somados, totalizam o valor de R\$118.000,00), a concessionária abriu mão dos pagamentos correspondentes, em razão do perfil não comercial e de cunho social dos eventos, *como forma de apoiar o desenvolvimento de atividades com retorno à sociedade Norte Riograndense.*

Para justificar suas conclusões, a auditoria sustenta que a cessão de espaço resultou em benefício à concessionária, já que as ações de



publicidade e marketing *melhoraram a imagem da empresa perante a opinião pública* e reforçam seu *vínculo com outras empresas e pessoas, traduzindo um inequívoco retorno não financeiro à empresa* (fls. 55). Assim, a concessionária não poderia abrir mão da parte que compete ao Poder Concedente.

Em momento algum foi questionada a legitimidade da contratação, assim como os valores atribuídos. A irresignação está voltada a não repartição de receita inexistente (?!?!).

Portanto, não se nega à concessionária, na qualidade de gestora do serviço público, a possibilidade de firmar contratos de cessão de espaço não oneroso, voltada a fins sociais coincidentes com a finalidade do equipamento público.

Por outro lado, também não se nega que os eventos, objeto dos contratos acima mencionados, representem *forma de apoiar o desenvolvimento de atividades com retorno à sociedade Norte Riograndense*.

Assim, se a concessionária tem o poder de gestão e entendeu que a contratação deveria ser realizada sem contraprestação, não auferindo a receita adicional, nada deve repartir com o Poder Concedente. A faculdade concedida de celebrar contratos, fonte de receita adicional, acompanha o dever de repartição de receitas. Contudo, se não há receita, não há o que repartir.

De outra parte, é preciso reconhecer que os pactos celebrados, não geradores de receita extraordinária, se por um lado podem beneficiar a concessionária, tal como sustenta a auditoria, por outro também favorecem o Poder Concedente, pois estimulam novas contratações, estas sim



fontes de receita adicional. A ocupação dos espaços cedidos graciousamente estimula novos contratos onerosos, benéficos às partes do contrato de concessão e não apenas a concessionária.

A premissa é falsa, ao se fundar na presunção de proveito financeiro exclusivo da concessionária.

Ressalte-se, ainda, que as contratações em discussão são de baixo valor (totalizam R\$118.000,00), cuja potencial receita aos cofres públicos revela-se insignificante frente aos benefícios sociais e econômicos indiretos das cessões não onerosas.

A concessionária não faltou com o dever de informação e transparência ao Poder Concedente, apresentando demonstração contábil ampla e condizente com a realidade das operações realizadas.

Lembre-se que está submetida à fiscalização direta do Poder Concedente e indiretamente pelos Verificadores Independentes (cláusula 29.1). Aliás, sempre cumpriu a obrigação de facultar *ao Poder Concedente, aos verificadores Independentes, ou a qualquer outra entidade por ele credenciada, o livre acesso ..., a todos os livros e documentos relativos à CONCESSIONÁRIA, bem como a livros, registros e documentos relacionados com as atividades abrangidas pela CONCESSÃO ADMINISTRATIVA, incluindo estatísticas e registros administrativos* e também de prestar, *no prazo que lhe for estabelecido, todos os esclarecimento que lhe forem formalmente solicitados* (cláusula 29.2).

Ora, se apresentou demonstração contábil regular, ampla e completa, e cumpriu obrigação de acesso a todos os livros e documentos, onde está a infração ao dever de informação e transparência?



A auditoria aponta violação à cláusula 13.1, incisos I e III, do contrato, a pretexto de que a Concessionária não promoveu prévia comunicação ao Poder Concedente da cessão não onerosa. A adequação, contudo, não se evidencia.

O inciso I cuida da obrigação de *dar conhecimento imediato de todo e qualquer evento que possa vir a prejudicar ou impedir o pontual e tempestivo cumprimento de suas obrigações neste contrato e que possa constituir causa de intervenção na CONCESSIONÁRIA, de caducidade da CONCESSÃO ADMINISTRATIVA ou da rescisão do CONTRATO* (negrito nosso). Claro que a cessão não onerosa de espaço não se amolda a evento capaz de gerar os efeitos considerados na cláusula.

Da mesma forma, o inciso III diz respeito à obrigação de *dar conhecimento imediato de toda e qualquer situação que corresponda a fatos que alterem, de modo relevante, o normal desenvolvimento da prestação do SERVIÇO objeto da CONCESSÃO ADMINISTRATIVA...* (negrito nosso). Ora, a cessão gratuita não constitui fato gerador de alteração relevante ao normal desenvolvimento da prestação de serviço.

Constitui ato de gestão, a que foi incumbida a Concessionária, por opção do Poder Concedente, ao escolher o modelo de concessão administrativa.

Certamente a suposta exigência de prévio conhecimento e aquiescência da Administração Pública, além de não prevista contratualmente, redundaria na inviabilidade das contratações, em razão do tempo necessário ao atendimento à formalidade.



Ademais, não se pode esquecer que a Concessionária detém todo o interesse na obtenção da fonte adicional de receita, só se valendo excepcionalmente do expediente em questão para atender aos interesses sociais superiores e gerar potenciais novas receitas extraordinárias.

Assim, ao contrário do sustentado, sempre cumpriu seus deveres, especialmente aqueles relacionados nas cláusulas 13, 32, 46, a que alude o relatório, não incorrendo na infringência aos encargos relacionados no art. 31 da Lei 8.987/95¹², jamais deixando de *permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis* (inciso V).

Nesse contexto, por qualquer viés que se examinem as conclusões da Auditoria da Controladoria Geral do Estado do Rio Grande do Norte, não se observa incorreção no procedimento adotado pela concessionária, ao cumprir fielmente as disposições contidas na cláusula 24.3, que trata da repartição das fontes adicionais de receita do contrato de concessão Administrativa nº 001/01, em conformidade com a orientação estabelecida pelo próprio Poder Concedente.

¹² Art. 31. Incumbe à concessionária:

I - prestar serviço adequado, na forma prevista nesta Lei, nas normas técnicas aplicáveis e no contrato;

II - manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão;

III - prestar contas da gestão do serviço ao poder concedente e aos usuários, nos termos definidos no contrato;

IV - cumprir e fazer cumprir as normas do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;

V - permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis;

VI - promover as desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato;

VII - zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação do serviço, bem como segurá-los adequadamente; e

VIII - captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço.



D) COBRANÇA DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA, JUROS DE MORA E MULTA PELO ATRASO NO REPASSE DAS CONTRAPRESTAÇÕES. LEGITIMIDADE.

A auditoria considera ilegal a cobrança de atualização monetária e põe em dúvida a legitimidade da incidência da multa moratória contratual, exigida do Poder Concedente pela Concessionária, em razão do atraso no repasse das contraprestações.

Para tanto, afirma que não há previsão contratual de atualização monetária e, em relação à multa, sustenta a necessidade de análise específica e minuciosa, para verificar se ele não se deve à demora causada por força da transferência interbancária. Afinal, a Concessionária disponibilizou conta em banco diferente daquele no qual o Governo do Estado do Rio Grande do Norte opera. Assim, deve ser considerada a data do depósito e não a do recebimento do crédito.

As teses são insustentáveis.

A atualização monetária dos pagamentos efetuados com atraso pelo Poder Concedente decorre de imperativo legal.

A Lei 8.666/93, de aplicação expressamente determinada ao presente contrato (cláusula 3.2), estabelece em seu art. 55, III:

*Art. 55. São cláusulas **necessárias** em todo contrato as que estabeleçam:
(...)*

III - ... os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;



Da mesma forma a Lei 11.079/2004 dispõe, no seu art. 5º, que:

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no [art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#), no que couber, devendo também prever:

(...)

IV – as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais;

Ora, se o contrato prevê o reajuste das contraprestações (cláusulas 25.6), como admitir a ausência de atualização monetária em caso de pagamento com atraso.

O Superior Tribunal de Justiça possui tranquilo posicionamento nesse sentido:

Esta Corte tem pacífico entendimento no sentido de ser devida a correção monetária em razão do pagamento de parcelas em atraso pela Administração, independente de expressa previsão contratual nesse sentido (REsp 1178903/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/04/2010, DJe 03/05/2010).

E ainda afirma:

Está consolidado o posicionamento deste Tribunal no sentido de que a correção monetária não constitui um plus, sendo somente a reposição do valor real da moeda, devendo, portanto, ser aplicada, integralmente, sob pena de enriquecimento sem causa de uma das partes (REsp 1062672/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/09/2010, DJe 06/10/2010).

O mesmo raciocínio se aplica aos juros moratórios. Nesse sentido vale registrar novamente precedente do Superior Tribunal de Justiça:



PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. TERMO INICIAL DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 40, INC. XIV, E 55, INC. III, DA LEI N. 8.666/93. CLÁUSULA NÃO-ESCRITA. SÚMULA N. 43 DESTA CORTE SUPERIOR. JUROS DE MORA. ILÍCITO CONTRATUAL. DATA DA CITAÇÃO. (...) 7. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que os ilícitos contratuais dão ensejo à incidência de juros moratórios contados da data da citação. Precedentes. 8. Recurso especial parcialmente provido (REsp 1079522/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/11/2008, DJe 17/12/2008).

Constitui imperativo legal, aplicável a todo ilícito contratual, inclusive o administrativo.

No que concerne à multa moratória, a dúvida levantada pela auditoria não encontra razoabilidade, estando perfeitamente caracterizada a mora injustificada do Poder Concedente. Basta examinar o anexo XI, que acompanha o relatório final, contendo a Comunicação ADCE n 022/2020, de 28.02.2020, para verificar que o atraso não pode corresponder à suposta transferência interbancária.

O documento citado contém a planilha de cálculo, com expressa indicação dos dias de atraso. Afora três pagamentos realizados com dois dias de atraso (vencimentos em 11/03/2014, 07/04/2014 e 07/07/2014), **todos os demais (quase cem) possuem lapso temporal superior, sendo que vários suplantam trinta dias, chegando a oitenta dias de atraso.**

Cabe registrar que transferência interbancária não demanda tempo superior a 48 horas. Contudo, a Administração poderá sempre demonstrar a tempestividade do depósito em conta ou da ordem de transferência bancária, descaracterizando sua mora.



De outra parte, não consta que o Poder Concedente tenha feito qualquer objeção à Concessionária acerca do banco por ela escolhido para depósito da contraprestação.

Assim, a recomendação de recálculo do valor e não pagamento só poderá ensejar prejuízo ao Poder Concedente, não encontrando fundamento legal ou contratual.

V - CONCLUSÃO

Do exposto, **espera-se** a rejeição de todas as conclusões do Relatório Final da Auditoria realizada pela Controladoria Geral do Estado do Rio Grande do Norte, reconhecendo-se a regularidade do cumprimento do contrato pela Concessionária, não havendo crédito em aberto em favor do Poder Concedente, mas apenas débitos deste perante a Arena das Dunas já reclamados administrativamente e ainda não solucionados.

ARENA DAS DUNAS CONCESSÃO E EVENTOS S/A