



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA-GERAL**

PARECER Nº 780/2016-PG

Processo nº: 002813/2011-TC

Interessado: Procuradoria da República no RN

Assunto: Auditoria de Regularidade – Arena das Dunas

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO, FINANCEIRO E PROCESSUAL. MEDIDA CAUTELAR. IRREGULARIDADES NO PAGAMENTO DO CONTRATO DE CONCESSÃO ADMINISTRATIVA Nº 001/2011. DETECÇÃO DE POTENCIAL DANO AO ERÁRIO SUPERIOR A R\$ 400.000.000,00. INÚMEROS EQUÍVOCOS NO CÁLCULO DA CONTRAPARTIDA PAGA PELO ESTADO DO RN A CONCESSIONÁRIA DA ARENA DAS DUNAS. PARECER PELA CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR, ORDENANDO AO GOVERNO DO ESTADO DO RN A SUSTAÇÃO DOS PAGAMENTOS EM FAVOR DA EMPRESA CONCESSIONÁRIA.

I – Trata-se de fiscalização sobre o processo de contratação, acompanhamento e controle dos atos referentes à Parceria Público Privada – PPP firmada entre o Estado do RN, por meio do Departamento Estadual de Estradas e Rodagens – DER/RN e a Arena das Dunas Concessão e Eventos S/A;

II – Os fatos até aqui apurados tornam imprescindível a concessão da medida cautelar, tendo em vista o potencial dano ao Erário, o qual há de ser estancado de plano, com a determinação da suspensão dos pagamentos realizados pelo Governo do Estado do RN em favor da empresa concessionária responsável pelo estádio Arena das Dunas;

III – Verificação de inúmeras irregularidades que por si só, são passíveis de justificar a nulidade do contrato, mas que, à baila do processo, são incontestavelmente aptas a justificar o pleito cautelar, em consonância e decorrência das irregularidades verificadas pelo Corpo Técnico;

III – Preenchimento dos requisitos do fumus boni iuris e do periculum in mora, com graves consequências para o interesse público;



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA-GERAL**

I. DO RELATÓRIO:

Trata-se de ação fiscalizatória deflagrada no ano de 2011 acerca do processo de contratação, acompanhamento e controle dos atos referentes à Parceria Público-Privada – PPP – firmada entre o Estado do Rio Grande do Norte, por meio do Departamento Estadual de Estradas de Rodagem – DER/RN – e a Arena das Dunas Concessão e Eventos S/A, sociedade de propósito específico, controlada pelo Grupo OAS, com o escopo de formalizar o Contrato de Concessão Administrativa nº 001/2011, que dentre os seus propósitos, consta a **manutenção e gestão da operação da Arena das Dunas**, após a concorrência internacional promovida pelo Poder Executivo do Estado do RN, para gerir e operacionalizar a Arena das Dunas pelo prazo de 20 (vinte) anos.

Em razão disso, o Estado do RN assumiu a responsabilidade mensal de proceder ao pagamento de uma contraprestação em favor da concessionária, inicialmente fixada no montante de R\$ 9.125.000,00 (nove milhões cento e vinte e cinco mil reais), a ser paga mês a mês após a entrega definitiva do equipamento Arena das Dunas, a qual é composta de 85% (oitenta e cinco por cento) referente à parcela fixa e 15% (quinze por cento) concernente ao fator variável.

Ao longo da instrução processual, inclusive durante a execução da obra, por diversas vezes este Tribunal de Contas do Estado requisitou o(s) estudo(s) de viabilidade econômico-financeira do projeto, o qual deveria respaldar o contrato de PPP ora sob foco, atestando sua exequibilidade, conforme **Requisições nº 01/2012** (fls. 3.952-TC, vol. 14), **nº 07/2012** (fls. 4.047-TC, vol. 15) e **nº 09/2012** (fls. 4093-TC, vol 15), dirigidas tanto à SECOPA quanto à Arena das Dunas Concessões e Eventos e visando a obtenção de orçamento e esclarecimentos sobre a composição do valor, restando todas frustradas.

O Corpo Instrutivo, então, consignou a inviabilidade de analisar o valor estimado pela administração pública e pela própria parceira privada para construção do estádio de futebol (fls. 4.105/4.109-TC, vol. 15), de maneira a identificar, naquele momento, eventual discrepância ou irregularidade em sua execução, de modo a atuar preventivamente, corrigindo potenciais distorções.

Posteriormente a tal fato, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, em 11.01.2013, oficiou este Tribunal de Contas do Estado do RN (fl. 4.348-TC, vol. 16), encaminhando o Projeto Executivo da Arena das Dunas-RN e solicitando o pronunciamento da Corte quanto a possíveis irregularidades no que tange ao conteúdo ou execução do projeto. O Corpo Instrutivo, a respeito desta indagação, apontou a impossibilidade desta análise, uma vez que a documentação encaminhada não continha informações indispensáveis para tal deslinde (fls. 4.352-TC, vol. 16).



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA-GERAL**

Após o carregamento de novos documentos, o Corpo Técnico novamente apontou a estrita necessidade dos orçamentos detalhados, não remetidos ainda, isto com base nas normas do Programa ProCopa Arenas e Acórdãos do Tribunal de Contas da União nº 2298/2010, nº 845/2011, nº 1517/2011, nº 3011/2012 e nº 3270/2011 (fls. 4.503/4.512-TC, vol. 16).

O próprio Exmo. Conselheiro Relator do processo, à época, ressaltou a obrigatoriedade “*da referida Empresa apresentar projeto executivo acompanhado de orçamento detalhado, analítico, com indicação de quantitativos e preços unitários*”, em consonância com a manifestação técnica exarada, e discordando do ponto de vista do parceiro privado, que já então aduzia que a natureza da Parceria Público-Privada tornava dispensável tal apresentação, *contrario sensu* daquilo exposto nos Contratos firmados, Acórdãos TCU e requisições operadas (fls. 4.563/4.570-TC, vol. 16).

Veja-se que desde antes da execução da obra a empresa tem absoluta ciência da necessidade de apresentação de **orçamento completo**, seja em virtude da letra contratual prevista no Programa BNDES de Arenas, seja em vista das requisições operadas por este Tribunal de Contas do Estado quanto ao orçamento detalhado, e **desde então reluta em apresentá-los**, sob ponto de vista absolutamente pessoal e descumprindo requisições formais operadas no âmbito deste Controle Externo.

Ante a completa impossibilidade de atestar a regularidade dessa despesa de forma prévia, o próprio TCU, escorado na Nota AS/DEURB nº 83/2013-BNDES, proferiu o Acórdão nº 530/2014-TCU-Plenário (fls. 4.619/4.626-TC, vol. 16), determinando a continuidade do contrato de empréstimo do BNDES e, conseqüentemente, dos seus repasses financeiros para conclusão do empreendimento, sem afastar a necessidade de apuração posterior de eventual necessidade de reposição do erário.

Eis o breve relatório.

II. PREMISSAS PARA ANÁLISE DO CONTRATO DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA EM COMENTO

De plano, sendo o contrato administrativo sob análise uma Parceria Público-Privada, algumas premissas hão de ser estabelecidas para efetivo deslinde processual. São elas: A) Foram preenchidas as condições de validade do contrato de parceria público-privada antes de sua assinatura? B) Qual o papel do valor da obra na composição da contraprestação pecuniária que incumbe ao Poder Público pagar mensalmente? C) Qual a extensão da obrigação do contratado (parceiro privado) de



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA-GERAL**

demonstrar o valor da obra por ele executada? D) Qual o papel dos serviços de gerenciamento do estádio, nele incluídos sua manutenção, para a composição da contraprestação pecuniária que incumbe ao Poder Público pagar mensalmente?

Ao analisar um contrato de parceria público-privada, não se pode esquecer que o Ordenamento Jurídico tratou-o de maneira mais rígida do que os demais ajustes à disposição da Administração Pública, haja vista a longa duração (de 5 a 35 anos) das obrigações dele decorrentes e o grande volume de recursos nele envolvidos (no mínimo R\$ 20 milhões).

Assim, não basta a vontade do Administrador público para que uma parceria público-privada seja válida, nos termos da lei específica que rege a matéria (Lei 11.079/2014), sendo condição inexorável para sua validade que o Poder Público demonstre previamente a viabilidade econômica desta opção, bem como fundamento o motivo pelo qual ele é o mecanismo mais adequado para realizar o interesse público específico a que o contrato visa alcançar, em detrimento das formas previstas na Lei 8.987/95 (concessão comum) e na Lei 8.666/93 (contrato administrativo de execução de obra pública).

À estas exigências, some-se a imprescindibilidade de demonstração que as obrigações decorrentes do contrato de PPP não ensejarão um impacto orçamentário-financeiro superior à capacidade do Estado absorvê-lo.

Nesta seara, o art. 10 da Lei 11.079/2014 não deixa dúvidas a respeito dos requisitos de validade para um contrato de parceria público-privada, ao condicioná-lo às seguintes obrigações prévias a serem cumpridas pela Administração Pública inexoravelmente:

“Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório **condicionada** a:

I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre:

- a) A conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;
- b) Que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no §1º do art. 4º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA-GERAL**

aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e

- c) Quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato;

II – elaboração da estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada;

III – declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual;

IV – estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública;”

Ao analisar o presente processo atinente à contratação da Arena das Dunas, observa-se que não houve o devido estudo de viabilidade econômica do contrato, nem tampouco quais as razões justificadoras para optar por esta forma mais onerosa e prolongada de comprometimento de recursos públicos, haja vista ser concessão administrativa quase que integralmente viabilizada pelo aporte de dinheiro público.

Em assim sendo, no que tange ao preenchimento das condições de validade do contrato, do quanto apurado até o presente momento neste processo, tem-se potencial nulidade desde a origem da concessão administrativa firmada, conforme se detalhará mais precisamente na sequência deste parecer.

No que tange ao peso da obra na composição da obrigação pecuniária arcada pelo Poder Público, há de ser esmiuçada a natureza da parceria público-privada.

À evidência, uma PPP não se resume a um simples contrato administrativo de execução de obra, sendo um contrato complexo com diversas outras obrigações recíprocas agregadas àquela execução primeira.

No entanto, embora seja inquestionável que a parceria público-privada não se resume à execução da obra, este tipo específico de contrato de concessão



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA-GERAL**

dela (obra) não pode prescindir, conforme norma expressa da Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2014, *in verbis*:

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

§4º É **vedada** a celebração de contrato de **parceria público-privada**:

III – que tenha como **objeto único** o **fornecimento de mão-de-obra**, o **fornecimento e instalação de equipamentos** ou a **execução de obra pública.**”

Ou seja, parceria público-privada não é tão-somente nem obra pública nem prestação de serviços, mas, necessariamente, a conjugação de ambos.

De fato, assim se fez na parceria público-privada da Arena das Dunas, com a demolição do antigo Machadão e o erguimento da nova Arena configurando o requisito essencial de haver obra pública para obedecer o art. 2º, §4º, inciso III da Lei 11.079/2014, bem como os serviços de manutenção e gerenciamento do Estádio pós-construção preenchendo o segundo requisito necessário para se configurar uma PPP.

Em assim sendo, a validade da remuneração a ser paga pelo parceiro público ao parceiro privado, pois se trata de uma concessão administrativa – sem pagamento de tarifa pelo usuário – pressupõe o exato conhecimento destes dois investimentos/custos à cargo do parceiro privado, de ordem a legitimar o valor da contraprestação pecuniária a ser paga pelo Poder Público.

No caso concreto sob análise, o contrato destinou 85% (com redução gradativa ao longo da execução do contrato) da contraprestação pecuniária para remunerar a obra que foi executada, denominando-a de parcela fixa, e estabelecendo os demais 15% para honrar com os gastos atinentes aos serviços indispensáveis para a continuidade do referido contrato de concessão, conforme Cláusula 25 – Contraprestação Pecuniária, do Contrato de Concessão Administrativa nº 001/2011, textualmente transcrita:

“25.1. A contraprestação pecuniária a ser paga à CONCESSIONÁRIA corresponde a um valor mensal de 85% (oitenta e cinco por cento) fixo da CONTRAPRESTAÇÃO, também chamado de Parcela Fixa e um valor mensal de 15% (quinze por cento) variável da CONTRAPRESTAÇÃO, também chamado de Parcela Variável, que será calculado com base no QUADRO DE INDICADORES DE DESEMPENHO (QID).



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA-GERAL**

25.2. A parcela variável da contraprestação pecuniária será calculada de acordo com os níveis de atendimento previstos no QID, nos termos do Anexo III do CONTRATO.

25.3. A parcela fixa da contraprestação sofrerá reduções ao longo do Contrato, não ocorrendo qualquer redução e/ou acréscimo na parcela variável, nos seguintes períodos e proporções:

I – Após a entrega definitiva da obra necessária à prestação dos serviços, do 1º ao 8º ano de operação (inclusive): não há redução na contraprestação fixa;

II – Do 9º ao 12º ano de operação (inclusive): redução de 30% da contraprestação fixa;

III – Do 13º ano da operação até o fim do CONTRATO: redução de 100% da contraprestação fixa;

25.4. A CONTRAPRESTAÇÃO corresponderá ao somatório das parcelas Fixa e Variável descontada a remuneração do Verificador Independente, nos termos previstos neste CONTRATO.”

Destarte, embora o contrato não diga expressamente que parte das obrigações (obra + serviços) do contratado é remunerada especificamente por cada parcela (fixa + variável), esta lógica advém do fato de a parcela variável acompanhar toda a execução do contrato após a entrega da obra e estar condicionada a fatores inerentes à prestação do serviço pós-conclusão da obra, como é o caso do Quadro de Indicadores de Desempenho (QID) e a remuneração do Verificador Independente dos serviços prestados após o recebimento da obra, que será descontada da parcela variável.

Vale dizer, é imprescindível saber o exato valor da obra, pois ela compõe necessariamente o quanto o parceiro privado faz jus mensalmente, com vultosos dispêndios pelo Poder Público, pois configura o maior percentual da contraprestação pecuniária até o ano de 2026, quando enfim o Rio Grande do Norte passará a pagar “apenas” pelos serviços inerentes ao gerenciamento da Arena das Dunas.

Portanto, é imprescindível para se atestar a validade e regularidade do valor da contraprestação pecuniária, notadamente a parcela fixa da PPP da Arena das Dunas, aferir a compatibilidade do valor previsto em contrato a título de execução de obra com valores de mercado, bem como com o efetivo dispêndio de recursos contratualizados e alegado pelo parceiro privado como realizado.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA-GERAL**

Por fim, também no que tange à parcela variável, atinente aos serviços prestados após a execução da obra, também esta pressupõe a comprovação da existência dos gastos alegados, tanto por intermédio do verificador independente quanto por apresentação dos livros, registros e documentos relacionados com as atividades abrangidas pela concessão administrativa, conforme cláusula 29 do contrato de PPP, *in verbis*:

CLÁUSULA 29 – FISCALIZAÇÃO

29.1. Os poderes de fiscalização do cumprimento das obrigações da CONCESSIONÁRIA serão exercidos diretamente pelo PODER CONCEDENTE, e indiretamente por meio dos Verificadores Independentes.

29.2. A CONCESSIONÁRIA facultará ao PODER CONCEDENTE, aos Verificadores Independentes, ou a qualquer outra entidade por ele credenciada, **o livre acesso ao Estádio e a seu estacionamento, 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 prestará sobre esses, no prazo que lhe for estabelecido, todos os esclarecimentos que lhe forem solicitados.**

29.3. As determinações que o PODER CONCEDENTE vier a fazer, no âmbito de seus poderes de fiscalização, deverão ser imediatamente acatadas pela CONCESSIONÁRIA, sem prejuízo de se ensejar o reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO e de a CONCESSIONÁRIA apresentar recurso cabível, nos termos deste CONTRATO.”

Destarte, não obstante a obrigação geral abrangente a todos os beneficiários de recursos públicos de demonstrar a regularidade de sua aplicação e dispêndio, conforme art. 71 da Constituição da República, tem-se igualmente cláusula expressa da concessão administrativa firmada que não deixa dúvidas quanto à obrigação do parceiro privado de demonstrar onde, como e em que montante estes recursos públicos estão sendo aplicados.

Constatação esta que vale tanto para a parcela fixa quanto para parcela variável.

Portanto, a análise da cautelar pleiteada parte das seguintes premissas: A) A validade do contrato pressupõe que a viabilidade econômica da parceria público-privada seja demonstrada desde a sua origem, bem como o impacto orçamentário-financeiro durante toda a duração do contrato e devidamente fundamentadas as justificadas



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA-GERAL**

desta opção em detrimento das demais formas contratuais, sob pena de nulidade; B) A contraprestação pecuniária mensalmente paga pelo governo do Estado do Rio Grande do Norte à Arena das Dunas é majoritariamente composta pelo valor da obra executada, iniciando-se em 85% de seu valor, o que exige a averiguação da regularidade do valor orçado em cotejo com os valores de mercado e com o efetivamente executado pelo parceiro privado; C) A parceria público-privada não cobre o gasto público a ele pertinente com um manto de sigilo, de forma a que não haja a obrigação do contrato de demonstrar que efetivamente investiu o montante que alega ter gasto para embasar a remuneração que almeja ser paga pelo Poder Público; D) Igualmente compete ao parceiro privado demonstrar os custos do serviço por ele executado, de maneira a fazer jus a uma regular parcela variável da contraprestação pecuniária paga pelo Poder Público, tanto com base no princípio republicano quanto em expressa previsão contratual, abrangente da parcela fixa e da variável.

III. DA PROFUNDIDADE DOS INDÍCIOS DE IRREGULARIDADE NESTE MOMENTO PROCESSUAL QUANTO À PARCELA FIXA E À PARCELA VARIÁVEL DA CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA DA PPP DA ARENA DAS DUNAS:

Estabelecidas as premissas acima, verifica-se neste momento o quanto já foi apurado neste processo, para fins de análise do pleito cautelar.

Inegavelmente, esta fase processual e o trabalho de auditoria até aqui desenvolvido concentram-se na aferição das condições de execução do contrato de PPP balizadoras da parcela fixa da contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público.

Em outras palavras, analisou-se de maneira mais aprofundada a obra executada e suas implicações para a parcela fixa da contraprestação pecuniária, remetendo para momento processual posterior análise mais detalhada da gestão da Arena das Dunas pós entrega da obra e seus reflexos sobre a regularidade da parcela variável da contraprestação pecuniária.

Em valores atualizados até abril de 2016, em um total mensal de R\$ 12,953 milhões da contraprestação paga pelo Estado, R\$ 11,01 milhões (parcela fixa) tiveram a sua regularidade questionada de forma contundente pela auditoria do Corpo Instrutivo deste TCE/RN e R\$ 1,942 milhões (parcela variável) tiveram a sua regularidade posta em dúvida, em face da ausência de transparência quanto aos custos alegados pelo parceiro privado e por quesitação ofertada pelo Ministério Público de Contas (Quota nº 238/2016-PG/MPC, constante do Processo nº 3634/2014-TC, apensado aos autos principais deste processo), mas, sem que haja até o momento implicação categórica pela



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA-GERAL**

existência de sobrepreço ou superfaturamento neste item, ao menos não nesta fase processual.

Desta forma, e em virtude dos montantes envolvidos, torna-se urgente a atuação dessa Corte de Contas no sentido de avaliar a legalidade da despesa pública, com vistas a proteger o Erário, principalmente diante do fato do contrato ter sido firmado pelo prazo de 20 (vinte) anos, de maneira a assegurar a compatibilidade dos gastos com valores de mercado.

Ademais, acrescento ao contexto em que se firmou o contrato de parceria público-privada sob análise, muito bem descrito pelo relatório de Auditoria nº 005/2016-GAFCOPA, insta registrar que após a concretização da parceria em análise, o Estado do RN viu-se obrigado a assumir também – sob a pecha de não perder a oportunidade de abrigar uma das sedes do Mundial de Futebol – a instalação de *estruturas temporárias*, através da assinatura de um aditivo ao CONTRATO DE ESTÁDIO (*STADIUM AGREEMENT* – (Doc. 01), denominado “*FIRST AMENDMENT TO THE STADIUM AGREEMENT* (Doc. 02)”.

Eis o teor da obrigação assumida no aditivo ao CONTRATO DE ESTÁDIO, na cláusula 2.3 (Doc. 02):

Se espaços suficientes, salas, construções e/ou instalações não puderem ser providas dentro do Estádio para obedecer totalmente a quaisquer exigências feitas pela FIFA (i.e. Erigir um voluntário, credenciamento ou centro de bilhetes, ou para estacionamento, áreas de hospitalidade e de exibição comercial para os Afiliados Comerciais e cidades sede), a Autoridade do Estádio assumirá a tarefa de alugar, desenvolver (se necessário) e prover, à FIFA e ao LOC, de acordo com os termos e condições deste Acordo, os espaços e áreas requeridos (incluindo qualquer instalação necessária) nas imediações do Estádio para o Período de Uso Exclusivo e removê-las, (se necessário), depois de usadas pela FIFA e pelo LOC – tais provisões e remoções são de total custo da Autoridade do Estádio. Qualquer espaço adicional e salas providas pela Autoridade do Estádio nos termos desta cláusula são, para todos os fins e propósitos, parte dos termos da Cláusula 3.1 do Estádio, no contexto deste Acordo.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA-GERAL**

Chama a atenção o fato das exigências de custeio das estruturas temporárias não terem constado do original do “CONTRATO DE ESTÁDIO (Doc. 01)”, o que denota que à época da sua assinatura tais obrigações não seriam de responsabilidade do Poder Público, mas da parceira privada. E esta discussão acerca da legalidade dos gastos com as estruturas temporárias foi objeto de Representação desse Ministério Público de Contas, relatando-se tal fato apenas com o escopo de demonstrar a oneração desarrazoada pela qual vem sendo submetido o ente público em decorrência do Contrato de Concessão Administrativa ora em discussão, o que haveria de ter sido muito bem planejado em estudos de viabilidade econômica do projeto, bem como do impacto orçamentário-financeiro de todos os custos atinentes à concretização desta política pública.

Pois bem. Centrando-se os olhos sobre a parcela variável da contraprestação pecuniária, observa-se que há indícios de irregularidades na determinação dos fatores que a justificam, os quais ainda não foram aprofundados neste processo, pois a prioridade probatória atual fez a auditoria concentrar-se na parcela fixa.

Nesse diapasão, torna-se relevante a ressalva de que no dia 10 de março de 2014, este *Parquet* de Contas instaurou um procedimento preparatório com o escopo de analisar os resultados operacionais da Arena das Dunas, bem como de dar cumprimento ao Contrato em análise. Posteriormente, foram anexados alguns documentos que possuem direta relação com a manutenção e, conseqüentemente, com o valor total da contraprestação paga pelo Estado, *a saber*:

- a) Contrato de licença de direitos de uso da Arena das Dunas para realização de jogos de futebol e outras avenças com o ABC Futebol Clube e o América Futebol Clube;
- b) Contrato de publicidade e patrocínio firmado com a Federação Norte-Rio-Grandense de Futebol;
- c) Cópia do procedimento aberto pelo Gabinete Civil do Estado e direcionado para a Secretaria Extraordinária para Assuntos Relativos à Copa do Mundo de 2014 – SECOPA;
- d) Investigação sobre a legalidade da transferência do controle da concessionária da Arena das Dunas para financiadores externos e acerca da manutenção das exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal, conforme a Cláusula 11¹ do Contrato;

¹ **CLÁUSULA 11 - ESTRUTURA ACIONÁRIA** (...) 11.1. A CONCESSIONÁRIA deverá comunicar imediatamente ao PODER CONCEDENTE as alterações na sua composição societária existente à época de assinatura do CONTRATO, inclusive quanto aos documentos constitutivos e posteriores alterações, respeitadas as obrigações definidas no CONTRATO referentes à transferência do controle da CONCESSIONÁRIA. 11.2. Qualquer transferência no controle da



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA-GERAL**

e) Manifestação do Diretor Geral do DER/RN sobre o índice de reajustamento mais adequado ao empreendimento desse porte e sobre a análise dos índices IPCA e IGP-M no período do Contrato, e;

f) Fiscalização sobre a utilização de policiais militares remunerados pelo Governo do RN nos eventos de caráter privado ocorridos na Arena das Dunas e a ausência de compensação financeira na contraprestação paga pelo Estado relativa aos gastos com os citados servidores públicos.

A despeito das imposições que recaem sobre o Estado, a fiscalização promovida por esse Ministério Público de Contas deu ênfase nas hipóteses que supostamente estariam justificando o valor atual da contrapartida, mais precisamente a parcela variável, assim como dos mecanismos aptos a justificar uma desoneração para o erário estadual, seja por meio de compensação de despesas, seja pela adequação dos termos do contrato.

Diz-se isso em decorrência de notório interesse público que reveste a busca pelo legítimo valor a ser pago pelo Estado, bem como pelas adequadas condições contratuais, haja vista o grande liame temporal que possui o Contrato em análise, de modo que em nenhum momento o Estado do RN ou o DER/RN realizaram análises basilares a qualquer despesa pública, exigidas pela Lei Complementar nº 101/00 (LRF) – solenemente ignorada no caso em exame, *no ponto*:

Art. 15. Serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam o disposto nos artigos 16 e 17.

Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes;

II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se:

CONCESSIONÁRIA deverá ser previamente autorizada pelo PODER CONCEDENTE nos termos da lei e, ressalvada a hipótese de assunção do controle pelas INSTITUIÇÕES FINANCIADORAS, não poderá ocorrer em período inferior à conclusão da OBRA.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA-GERAL**

I - adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício;

II - compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições.

§ 2º A estimativa de que trata o inciso I do caput será acompanhada das premissas e metodologia de cálculo utilizadas.

É evidente, portanto, que há necessidade de ser realizada não só a análise da obra de engenharia em si, mas também a averiguação da execução contratual do pacto em comento, que tem por objeto a manutenção e a gestão da operação da Arena das Dunas.

Insta a ressalva de que a contrapartida de responsabilidade do Estado do RN foi estabelecida com o objetivo de remunerar o ente privado pela **construção** e pela **manutenção** da Arena das Dunas, conforme percentuais definidos no pacto. Portanto, passada a construção do estádio, que foi o objeto central de análise do Corpo Instrutivo, por meio da Informação nº 005/2016-CAFCOPA (fls. 4.764/4.800-TC, vol. 17), e ensejou o pleito de medida cautelar de suspensão dos pagamentos das contraprestações, torna-se salutar também a discussão dos fatores que incidem na manutenção do estádio com o objetivo de averiguar possíveis pontos aptos a justificar a repactuação do contrato em análise.

Justifica-se a presente manifestação pela aparência de que a Administração não sabe objetivamente o que contratou nem a razoabilidade dos valores impostos – havendo, portanto, sério risco de prejuízo ao Erário tanto pelos custos da obra, quanto pelo reajustamento atualmente aplicado, notadamente no que toca à *parcela variável*.

O cenário constatado, aliás, revela a infringência, *em tese*, dos vários princípios basilares da disciplina jurídica do Direito Financeiro, que primam pela proteção ao erário, pela economicidade e razoabilidade na execução das despesas públicas.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA-GERAL**

Nesse contexto, convém aferir que a repactuação do contrato é possível tanto conforme o ordenamento jurídico vigente, quanto pela previsão inscrita na Cláusula 21², que trata do equilíbrio econômico-financeiro, inclusive por modificação unilateral imposta pelo Estado nas condições do contrato, desde que, em resultado direto dessa modificação, verifique-se para a concessionária uma alteração dos custos ou da receita, conforme se verifica a seguir:

CLÁUSULA 21 - EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

21.1. As PARTES terão direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, quando este for afetado, nos seguintes casos:

I. Modificação unilateral, imposta pelo PODER CONCEDENTE nas condições do CONTRATO, desde que, em resultado direto dessa modificação, verifique-se para a CONCESSIONÁRIA uma alteração dos custos ou da receita, para mais ou para menos.

II. Ocorrência de caso fortuito ou força maior, nos termos previstos neste CONTRATO.

III. Ocorrência de eventos no mercado cambial, que, durante a fase de execução da OBRA, implicar em variação positiva ou negativa superior a 10% nos preços dos insumos justificadamente adquiridos no mercado exterior. Tal variação deverá ser apurada pela comparação entre as condições vigentes na data de entrega da proposta e aquelas existentes no efetivo desembolso para a compra dos referidos insumos.

IV. Ocorrência de eventos excepcionais, causadores de modificações no Tipo de indexador, remuneração básica do BNDES e/ou prazo máximo (incluindo carência), referentes ao Programa BNDES de Arenas para a Copa do Mundo de 2014 – BNDES – ProCopa Arenas, ofertado pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, que impliquem alterações, para mais ou para menos, nos pressupostos adotados na obtenção deste financiamento, exclusivamente na hipótese de alteração unilateral determinada pelo BNDES ou por qualquer outro ente do Poder Público.

V. Atos supervenientes da Administração Pública que afetem a execução deste Contrato, ou tenham impacto significativo e direto sobre as receitas, ou sobre os custos dos serviços pertinentes às atividades abrangidas pela CONCESSÃO ADMINISTRATIVA, para mais ou para menos, sem prejuízo da legislação

² Cláusula 21, do Contrato de Concessão Administrativa nº 001/2011.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA-GERAL**

aplicável, em especial das Leis Federais n.ºs 8987/95 e 8666/93.

VI. Atraso, ou cobrança de valores superiores aos previstos, para o fornecimento de licenças e autorizações necessárias ao exercício, pela CONCESSIONÁRIA, de todas as atividades objeto da CONCESSÃO ADMINISTRATIVA.

VII. Alterações não previstas nas especificações dos projetos e estudos apresentados, por solicitação da Administração Pública, Poder Concedente ou da FIFA – Federação Internacional de Futebol nas hipóteses em que essas alterações representem aumento ou redução de custos para as PARTES.

VIII. Variação dos valores dos custos operacionais e investimentos ocasionados pela ocorrência dos seguintes fatores:

- a) Instituição de novos tributos ou isenções;*
- b) Alterações de alíquotas dos tributos já existentes;*
- c) Alterações nos benefícios tributários concedidos por meio da Lei Federal n.º 12.350, de 20 de dezembro de 2010.*

21.2. Sempre que houver direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, essa recomposição será implementada tomando como base os efeitos dos fatos que lhe deram causa, na forma como foram considerados nas projeções financeiras.

21.3. Sempre que necessária a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, pela ocorrência dos fatos definidos neste CONTRATO essa recomposição poderá ter lugar, caso não haja acordo entre as PARTES, pela forma que for escolhida pelo PODER CONCEDENTE, por meio de uma das seguintes modalidades, na ordem que segue:

- I. Revisão extraordinária do valor da CONTRAPRESTAÇÃO;*
- II. Redução ou prorrogação do prazo da CONCESSÃO ADMINISTRATIVA;*
- III. Modificação, de forma proporcional, das obrigações contratuais assumidas pela CONCESSIONÁRIA, diretamente relacionadas à hipótese causadora do desequilíbrio;*
- IV. Uma combinação das modalidades anteriores.*

21.4. A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, efetuada nos termos desta Cláusula será, relativamente ao fato que lhe deu causa, única e completamente para todo o prazo da CONCESSÃO ADMINISTRATIVA.

21.5. A CONCESSIONÁRIA, para pleitear a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, deverá apresentar ao PODER



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA-GERAL**

CONCEDENTE requerimento fundamentado, justificando a ocorrência de qualquer fato que possa caracterizar o desequilíbrio.

21.6. Sempre que venha a ocorrer a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, as projeções financeiras serão ajustadas para refletir a situação após essa recomposição.

Nesse deslinde, cumpre mencionar que o controle externo em evidência decorre, sobretudo, da gravidade e relevância do montante de recursos estaduais comprometidos com o Contrato de Concessão Administrativa. **Desse modo, pontua-se que, concomitante a atuação desse Parquet de Contas, houve a fiscalização e acompanhamento da CAFCOPA neste processo, o qual redundou na emissão do Relatório de Auditoria nº 005/2016-CAFCOPA, que contém pleitos cautelares os quais esse Ministério Público de Contas também passa a se manifestar.**

À baila no presente momento processual, tem-se o Relatório de Auditoria elaborado pela Comissão de Fiscalização pugnano por medida cautelar a ser tomada pelo Tribunal de Contas do Estado, concernente à sustação dos pagamentos do contrato em epígrafe, com ênfase na parcela fixa que compõe esta remuneração. O referido posicionamento resta calcado em diversas irregularidades apontadas no Relatório de Auditoria, *a destacar:*

- a) Não atendimento à diversas Notificações do TCE/RN;*
- b) Sobrepreço no Contrato de Concessão Administrativa nº 001/2011 que importará em dano ao Erário atualizado no montante de R\$ 451.770.000,00 (quatrocentos e cinquenta e um milhões setecentos e setenta mil reais) a se realizar até o décimo quinto ano da concessão, conforme parágrafo 127 e seguintes da Informação Técnica;*
- c) Dano ao erário estadual já concretizado, decorrente da realização de pagamentos superfaturados em virtude de sobrepreço nas obras da Arena das Dunas, totalizado até a data de 08/04/2016 no valor de R\$ 77.532.187,35 (setenta e sete milhões quinhentos e trinta e dois mil cento e oitenta e sete reais e trinta e cinco centavos), conforme parágrafo 136 e seguintes da Informação Técnica;*
- d) Indícios de irregularidades ocorridas no contrato de financiamento da Arena das Dunas junto ao BNDES, em virtude de concessão de financiamento com juros subsidiados sem exigir a real comprovação dos valores orçados para o*



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA-GERAL**

projeto, conforme parágrafo 92 e seguintes da Informação Técnica;

e) Prática de renúncia de receita por parte do Governo do Estado, conforme parágrafo 120 da Informação Técnica;

f) Contratação de parceria público-privada sem a realização dos estudos de viabilidade econômica/social necessários para a fundamentação da Concessão Pública, conforme parágrafo 139 e seguintes da Informação Técnica, e;

g) Ausência de transparência e sonegação de informações na realização e execução do contrato em tela, com risco de que superfaturamentos estejam ocorrendo, conforme parágrafo 167 e seguintes da Informação Técnica.

Sendo estes os fatos bastantes para a análise das medidas cautelares, passa-se à sua apreciação, ressaltando-se a necessidade de nova manifestação deste Ministério Público de Contas em momento posterior à análise dos pleitos cautelares, sobretudo após a análise pelo Corpo Instrutivo dos fatores que compõem a parcela variável da remuneração do parceiro privado.

III. DO OBJETO DO PRESENTE PARECER:

De plano, ressalte-se que o momento processual atual restringe-se ao pedido cautelar, para fins de resguardar o interesse público. A apuração específica de cada responsabilidade dos agentes envolvidos, bem como a exata comprovação dos indícios de irregularidades apontados, caberá à instrução processual que se seguirá à apreciação da cautelar, com todos os meios de prova em Direito admitidos.

Da mesma forma, será apreciada a verificação da ocorrência de dolo, da comprovação dos indícios de fraude e conluio, bem como a dosimetria das eventuais sanções que sejam aplicadas àqueles agentes, pessoas físicas e jurídicas, públicas ou privadas, porventura considerados responsáveis por atos danosos ao Erário relatados nestes autos.

Aqui, atem-se a analisar o preenchimento dos requisitos necessários para a concessão de medida cautelar, quais sejam: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, conforme prescreve o art. 345³ e ss. do Regimento Interno do TCE/RN c/c art. 120⁴ da Lei Complementar Estadual nº 464/12 – Lei Orgânica do TCE/RN.

³ **Resolução nº 009/2012-TCE/RN.** (...) Art. 345. No início ou no curso de qualquer apuração, havendo fundado receio de grave lesão ao patrimônio público ou a direito alheio ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, o Tribunal



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA-GERAL**

Nesse deslinde, cumpre salientar que a Constituição da República prevê, em seu artigo 71, IV, a possibilidade de o Tribunal de Contas realizar, por iniciativa própria, auditorias nas unidades administrativas dos Poderes, tendo a Constituição do Estado do Rio Grande do Norte disciplinado esta hipótese em dispositivo semelhante, *in verbis*:

Art. 53. O controle externo, a cargo da Assembleia Legislativa, é exercido com auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete:

(...)

IV – realizar, por iniciativa própria, da Assembleia Legislativa, de Comissão técnica e de inquérito, ou em razão de denúncia, inspeções e auditorias de natureza financeira, contábil e orçamentária, operacional e patrimonial nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e demais entidades referidas no inciso II;

Nesse desiderato, a Lei Complementar Estadual nº 464/2012 traz mecanismos a serem utilizados com o escopo de viabilizar as atividades de fiscalização, seja em sede de auditoria, seja por meio de outros instrumentos legais cabíveis, inclusive por meio da concessão de medidas cautelares no curso de apuração, na hipótese de haver fundado receio de lesão ao patrimônio público, situação que se vislumbra no presente caso, senão vejamos:

poderá, de ofício ou mediante provocação, determinar medidas cautelares. § 1º Antes de ser adotada a medida cautelar, o responsável deverá ser ouvido no prazo de setenta e duas horas. § 2º Excepcionalmente, em hipótese devidamente justificada pelo Relator, as medidas cautelares poderão ser adotadas sem prévia manifestação do responsável. § 3º Em caso de comprovada urgência, as medidas cautelares poderão ser determinadas por decisão do Relator, devendo ser submetidas à ratificação do Tribunal até a terceira sessão subsequente. § 4º Na ausência ou inexistência de Relator, compete ao Presidente do Tribunal a adoção de medidas cautelares urgentes. § 5º A medida cautelar poderá ser revista pelo Relator, de ofício ou a pedido da parte interessada. Art. 346. São medidas cautelares a que se refere o art. 345, além de outras medidas de caráter urgente: I – determinação à autoridade superior competente, sob pena de responsabilidade solidária, do afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de fiscalização, causar novos danos ao erário ou inviabilizar o seu ressarcimento; II – suspensão da execução de ato, contrato ou procedimento, até que se decida sobre o mérito da questão suscitada; III – sustação de ato, contrato ou procedimento, nos termos do art. 2º, incisos VII, VIII, IX e X, deste Regimento; IV – suspensão do recebimento de novos recursos públicos, no caso do art. 2º, XXVII, deste Regimento; V – decretação da indisponibilidade, por prazo não superior a um ano, de bens em quantidade suficiente para garantir o ressarcimento dos danos em apuração; e VI – proposição de arresto ou sequestro, na forma do Código de Processo Civil e da Lei Federal nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Parágrafo único. As medidas a que se refere o inciso VI deste artigo serão solicitadas ao Ministério Público junto ao Tribunal, que adotará as providências necessárias a sua efetivação, devendo o Tribunal ser ouvido quanto à liberação dos bens arrestados ou sequestrados e sua respectiva restituição.

⁴ **Lei Complementar nº 464/2012.** (...) Art. 120. No início ou no curso de qualquer apuração, havendo fundado receio de grave lesão ao patrimônio público ou a direito alheio ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, o Tribunal poderá, de ofício ou mediante provocação, determinar medidas cautelares.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA-GERAL**

“Art. 120. No início ou no curso de qualquer apuração, havendo fundado receio de grave lesão ao patrimônio público ou a direito alheio ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, o Tribunal poderá, de ofício ou mediante provocação, determinar medidas cautelares.” (grifos acrescidos).

O dispositivo é expresso ao permitir que, embora já iniciado o processo, seja concedida a medida de urgência, visando evitar-se a ocorrência do dano ao erário, de modo que se mostra perfeitamente plausível o pedido formulado pelo Corpo Técnico, aderido por este Ministério Público de Contas.

In casu, se está diante de contratação de grande vulto, com significativos gastos públicos da ordem de milhões de reais, realizados no bojo de um procedimento ainda não analisado por esta Corte, e igualmente, ressalta a relevância da matéria pela extensão temporal do pagamento da contraprestação em favor da Arena das Dunas e a potencial lesividade a ser causada ao Erário estadual caso existam irregularidades na execução do contrato, notadamente no que tange aos fatores de reajustamento e as eventuais compensações financeiras não postas em prática até a atual fase de execução do Contrato de Concessão Administrativa em análise.

Portanto, para que o Tribunal de Contas exerça na sua plenitude a sua competência constitucional de fiscalizar os gastos públicos, no que tange a este caso concreto, o pedido cautelar ora pleiteado se impõe, notadamente porque o valor da contrapartida paga mensalmente pelo Estado do RN representa um alto gasto público, que poderia inclusive estar sendo aplicado em setores vitais para a população, como educação, saúde e segurança e, portanto, torna-se de bom alvitre seja analisado com a máxima cautela inerente à primazia do interesse público.

E sob tal olhar, escorado nas razões substanciais apontadas pelo Corpo Instrutivo desta Corte de Contas, em contraponto com a não apresentação, desde o início do contrato, do orçamento completo da obra, por parte do parceiro privado, a suspensão do pagamento da contrapartida até a apresentação das planilhas orçamentárias e demonstração cabal do exato valor aplicado no empreendimento, tanto referente à obra, quanto ao serviço desenvolvido.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA-GERAL**

IV. DA MEDIDA CAUTELAR:

IV.1. DO *FUMUS BONI IURIS*

Adentrando especificamente nas razões do pedido cautelar, observa-se, nitidamente, que concorrem nos presentes autos os requisitos legais permissíveis à sua concessão, tornando apta e necessária a cessação dos efeitos lesivos ao interesse e patrimônio públicos subsistentes na execução do Contrato de Concessão Administrativa firmado com inúmeros vícios em sua origem e que, mês a mês, sacrificam a disponibilidade de recursos da já combatida Fazenda Pública do Estado do RN.

De fato, o *fumus boni iuris* resta caracterizado pelas inúmeras irregularidades já detectadas nestes autos, mesmo no bojo de um juízo de delibação preliminar, demonstrando cabalmente que as práticas habitualmente realizadas são absolutamente contrárias ao interesse público e violadoras dos princípios da economicidade, eficiência e moralidade.

À evidência, já ressalta a fumaça do bom direito o fato de que a empresa concessionária responsável pela Arena das Dunas, embora tenha supostamente contabilizado seus resultados mensalmente, descumpra a requisição de informações pleiteadas por essa Corte de Contas, impossibilitando ou, pelo menos, embaraçando as atividades de fiscalização do Contrato em evidência.

Trata-se de uma omissão da concessionária ao mesmo tempo em que nenhum dos agentes públicos envolvidos reconhece ter efetivamente exercido controle sobre sua legalidade, embora tenham todos eles o dever-poder de autotutela, cabendo-lhes certificar num primeiro momento o detalhamento dos custos da obra e, posteriormente, o desempenho financeiro da Arena com o fim de calcular corretamente o valor da contrapartida paga pelo Estado do RN.

Além disso, embora tenham firmado o contrato em análise, não envidaram os devidos esforços para a apresentação do Estudo de viabilidade técnica e econômica da Arena das Dunas, em flagrante descumprimento da Lei nº 11.079/2010 (Lei de Parceria Público-Privada), que condiciona a abertura do processo licitatório aos seguintes requisitos:

Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA-GERAL**

*I – autorização da autoridade competente, fundamentada em **estudo técnico** que demonstre:*

a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;

b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e

c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato;

II – elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada;

III – declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual;

IV – estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública;

V – seu objeto estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado;

VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital; e

VII – licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA-GERAL**

Nesse deslinde, cumpre salientar que o requisito de estudo de viabilidade técnica e econômica ocorre para a abertura do processo licitatório, que notadamente deveria ter ocorrido antes da contratação, embora o Poder Executivo Estadual, ao arrepio da legislação federal, perpetrou o citado descumprimento legal ao Contrato, conforme se verifica hodiernamente em sede de sua execução.

Destarte, há de se indagar por que a cautela basilar para um ordenador de despesa não foi tomada antes de comprometer o Erário a pagar tão vultosa quantia, submetendo-o a tão grave risco.

Neste ponto, registre-se que a Arena das Dunas, instada a se manifestar quanto ao pleito cautelar, embasado também nesta irregularidade, limitou-se a afirmar em defesa que esta obrigação competia ao Poder Público, sem afirmar ou negar a sua existência.

De fato, a obrigação de proceder o estudo de viabilidade econômica é do Poder Público, sendo a seus agentes direcionada eventual multa pelo descumprimento deste dever, no entanto, neste caso, o efeito da ausência deste estudo e os demais previstos na Lei 11.079/2004 e Lei Complementar nº 101/00 (arts. 15, 16 e 17), não se restringem à aplicação de multa. Ao revés, o descumprimento de tais condições de validade do contrato firmado possuem o potencial efeito de torna-lo nulo, com implicações também para a concessionária que firmou o contrato sem resguardar-se de que ele preenchia todos os requisitos legais.

No que tange ao Poder Público, embora instado diversas vezes ao longo de toda a vida do contrato até aqui, em nenhum momento apresentou os documentos exigidos por lei e cobrados pela atuação diligente deste TCE, inclusive desde 2011 o Corpo Instrutivo requereu multa oriunda deste proceder (Informação nº 72/2011), ainda pendente de aplicação, mas que atesta e corrobora o descumprimento de condições de validade de contrato.

Inclusive, o Poder Público e os agentes públicos envolvidos na feitura do contrato permaneceram silentes novamente sobre esta irregularidade uma vez mais, desta feita após terem sido intimados em decorrência do relatório de auditoria sob análise.

Vale dizer, o contrato de PPP da Arena das Dunas é potencialmente nulo desde o momento em que foi firmado. No entanto, a sua eventual nulidade e os efeitos jurídicos dela decorrentes não de ser analisados no mérito deste processo, não cabendo a sua declaração neste momento processual.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA-GERAL**

Porém, embora não caiba agora a declaração de nulidade, inegavelmente, a sua existência latente nos autos fortalece o *fumus boni iuris* – sendo juridicamente invalida a avença também o é a remuneração dela decorrente - e o *periculum in mora* – inegável dificuldade de reaver pagamentos inválidos desta monta, notadamente em face de a concessionária estar em processo de recuperação judicial - para a concessão da cautelar de suspensão de pagamento.

Nesses termos, torna-se indiscutível a presença do *fumus boni iuris* no presente caso, tendo em vista os indícios de grave lesão ao patrimônio público, mês a mês, dispendendo quantia que se mostra absolutamente incompatível com o objeto executado, somado ao risco de ineficácia da decisão de mérito, uma vez que os agentes envolvidos detém poder suficiente para, querendo, utilizar mecanismos nefastos e dilapidar os patrimônios próprios para não cumprir possível decisão de ressarcimento ao erário.

Ademais, ainda que no presente momento haja indícios de irregularidades, os quais serão submetidos a posterior dilação probatória, para fins de juízo preliminar, estes são bastantes para a concessão de medida cautelar, igualmente cravando irregularidades no contrato ora analisado.

Nos autos, tem-se inúmeros atos opostos à normalidade com a condução da coisa pública que induzem a existência de dano ao erário, notadamente no que concerne à continuidade da execução da Concessão Administrativa objeto dessa fiscalização.

Outrossim, além da potencial nulidade acima descrita, somada a outra potencial nulidade decorrente da averiguação dos motivos que implicaram nas irregularidades até aqui apontadas, tem-se indício de gravíssima irregularidade no que tange à remuneração do parceiro privado, notadamente quanto à parcela fixa que a compõe na ordem de 85%.

No caso concreto, ao longo da execução contratual foi requisitada uma série de informações à Secretaria de Estado responsável e a empresa concessionária pela Arena das Dunas, no entanto, jamais houve a apresentação do orçamento completo e das planilhas detalhadas de execução da obra e de desempenho financeiro e operacional relativo aos resultados alcançados pelo estádio desde a sua entrega definitiva.

O Corpo Instrutivo bem atestou que, no tocante a parcela fixa da contrapartida estadual (85% do valor total), há fortes indícios de sobrepreço, já ensejadores de grave dano ao erário, isso levando em consideração a análise indireta



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA-GERAL**

da despesa pública, já que a análise direta não foi permitida diante da não apresentação da documentação requisitada.

Vale dizer, a Auditoria desta Corte de Contas, ao proceder com a imprescindível análise do valor de mercado da obra constatou fortíssimos indícios de sua incompatibilidade, nada obstante os inúmeros obstáculos impostos pelos gestores públicos e pelo contratado para aferição exata do custo real da obra.

Sob pretenso manto de sigilo dos custos oriundos da natureza do contrato firmado (PPP), o contratado negou-se ao longo destes 5 anos de demonstrar o quanto efetivamente custou a obra, negando acesso ao orçamento detalhado do quanto foi executado e se este tinha pertinência com aquilo que foi orçado e o mais importante, se a fatura cobrada pela construção era compatível com o valor de mercado.

Esta postura, calcada em interpretação dada pelo contratado da natureza da PPP, assim permaneceu inclusive na manifestação preliminar sobre a cautelar pleiteada pelo Corpo Instrutivo para suspensão dos pagamentos.

Vale dizer, ao ser especificamente confrontada com indícios de sobrepreço, a concessionária da Arena das Dunas não enfrentou propriamente a sua essência, limitando-se a questionar parte da metodologia – com flagrante silêncio sobre a redução da área total construída em patamar muito superior à pretensa redução de R\$ 20 milhões entre os custos do projeto que ensejou a licitação deserta de dezembro de 2010, em comparação com o que foi efetivamente contratado a partir de abril de 2011.

Ou seja, nas manifestações procedidas ao longo deste processo, com diversas oportunidades dadas ao contratado para que fosse demonstrada a compatibilidade da obra com valores de mercado, inclusive na manifestação mais recente, em nenhum momento foi trazida aos autos prova dos custos reais da obra, nem em termos globais nem individualizados, sempre com o pretenso escudo de que a PPP não lhe exigiria apresentar planilha detalhada de custos.

Neste momento processual, acresceu apenas o pedido de uma dilação de prazo de mais 30 dias para proceder com estudos demonstrativos da compatibilidade do quanto ele alega ter sido empregado na obra.

Ocorre que, ao longo de mais de 5 anos esta oportunidade já lhe foi dada, inclusive com inúmeras provocações para demonstrar o exato valor da obra, não sendo razoável adiar ainda mais a conclusão desta etapa processual sem que haja qualquer



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA-GERAL**

contestação específica que infirme os inúmeros indícios de sobrepreço apontados pelo Corpo Instrutivo.

De fato, a prova direta do valor exato da obra advém da análise da planilha detalhada de custos, que o contratado se nega a apresentar, embora sua pretensão não encontre respaldo nem na jurisprudência do TCU já citada nestes autos, nem nas manifestações desta Corte de Contas, nem nos dispositivos específicos das Lei de Parceria Público-Privadas e muito menos na cláusula específica do contrato quanto à ampla fiscalização por parte do Poder Concedente e, obviamente, dos órgão de controle externo, respaldados desde à Constituição da República.

No entanto, ainda que se admita para fins de argumentação que o contratado não estivesse obrigado a apresentar a planilha detalhada de gastos – obrigação esta que já se demonstrou que ele tinha -, por óbvio, tal fato não pode ensejar uma barreira intransponível para a fiscalização do controle externo, em face do seu dever-poder de aferir a legalidade, legitimidade e economicidade dos gastos públicos.

Assim, na ausência de prova direta, tal qual ocorre no exame de corpo de delito indiciário ou indireto do processo penal que analise potencial homicídio com ocultação de cadáver, haja vista o caso Bruno/Eliza Samúdio, compete aos auditores buscar a prova indireta, auditando de forma comparativa neste caso.

E assim se procedeu nestes autos, em que, por quatro mecanismos diferentes, configurou-se a prova indiciária necessária para se concluir neste momento processual pela ocorrência de sobrepreço.

Vale dizer, a perquirição sobre o real valor de mercado da obra, procedida por quatro formas diferentes, convergiu em todos estes caminhos para a existência de sobrepreço, com variada extensão entre eles.

Conforme se depreende do relatório nº 005/2016 – CAFCOPA, a conclusão é a mesma quer se compare: A) A área total de construção do projeto embaixador da licitação deserta de dezembro de 2010 com a área total que foi efetivamente executada; B) o número de assentos do projeto atinente à licitação deserta de dezembro de 2010 com o número real executado; C) o custo declarado para a Arena do Grêmio pelo próprio contratado e o pretendido que tenha sido executado na Arena das Dunas; ou D) O número de assentos e a área total construída de todas as arenas do Nordeste para a Copa do Mundo.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA-GERAL**

Ou seja, não há nos autos qualquer indício que infirme a existência de sobrepreço apontada pelo Corpo Instrutivo, variando apenas a sua extensão a depender da metodologia empregada, não havendo sequer prova carreada pela concessionária no sentido contrário, a qual se limitou a questionar superficialmente as provas indiretas colhidas através das metodologias B e D supra, sem produzir ao longo destes cinco anos de processo qualquer prova direta ou indireta contraposta à realidade trazida a lume pelo relatório de Auditoria nº 005/2016-CAFCOPA.

Tornando ainda mais contundente a existência de sobrepreço e a ilegitimidade da parcela fixa no patamar atual, tem-se as consequências atinentes às isenções fiscais de tributos federais, estaduais e municipais que implicaram em necessária desoneração dos custos do parceiro privado sem ensejar o reequilíbrio inexorável da remuneração mensalmente paga pelo Poder Público.

Neste ponto, esclareça-se que tanto o Corpo Instrutivo quanto a Arena das Dunas convergem no fato de que o projeto que ensejou a contratação da PPP em abril de 2011 já estava desonerado em R\$ 52,11 milhões decorrente das isenções fiscais previstas pela Lei 12.350, de 20 de dezembro de 2010, inclusive esta foi a afirmação do parceiro privado ao se manifestar sobre o relatório em comento.

Sendo este fato incontroverso, a dúvida permanece quanto aos efeitos desta desoneração quanto ao eventual sobrepreço.

Analisando esta divergência entre a defesa e o relatório do Corpo Instrutivo, verifica-se que este montante (R\$ 52,11 milhões) deve sim ser computado no valor total do sobrepreço, notadamente quando se analisa o mecanismo indireto de sua comprovação configurada na comparação entre o projeto norteador da licitação deserta de 2010 e o projeto efetivamente executado – item A do delineamento supra das metodologias empregadas.

À evidência, o projeto atinente à licitação deserta de 2010 não poderia ter computado o valor de isenção futura até então inexistente quer seja quando foi lançado o edital ou no momento da apresentação da proposta (04 de novembro de 2010), pois apenas em 20 de dezembro de 2010 é que esta desoneração veio a existir no mundo jurídico.

Portanto, ao se comparar os itens que foram subtraídos de um projeto para dar azo ao outro que terminou sendo executado, entre eles a extensão da cobertura metálica e o estacionamento subterrâneo, também devem ser excluídos os tributos federais



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA-GERAL**

que impactavam os custos da obra até dezembro de 2010 e não mais incidiam quando da proposta de 2011.

De maneira ainda mais simples, tem-se a questão da isenção dos tributos estaduais e municipais, que só vieram a existir no mundo jurídico em 2012, após obviamente terem sido projetados os custos da Arena das Dunas e contratada a execução da obra em 2011.

Neste ponto, a Arena das Dunas limita a sua defesa a afirmar que teria computada antecipadamente esta desoneração até então futura e incerta quando da elaboração do projeto, pois já existiriam tratativas para tanto, sem qualquer demonstração de que este fato efetivamente ocorreu, além de ser inaceitável proposta condicionada a isenção fiscal futura (art. 44, §2º, da Lei 8.666/93 – Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos).

Valendo registrar que esta redução posterior ao projeto, com inexoráveis reflexos sobre o custo real da obra não foi quantificado de maneira exata pelo Corpo Instrutivo, remetendo-o ao Poder Concedente para que ele realize o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em face desta desoneração a posteriori de tributos estaduais e municipais.

Neste ponto específico, discorda o Ministério Público de Contas desta solução adotada pelo Corpo Instrutivo, cabendo ao Tribunal de Contas do Estado calcular o montante exato da redução de custos oriunda da desoneração dos tributos estaduais e municipais, com a determinação do montante exato a ser excluído da remuneração do parceiro privado, tanto quanto ao que foi até aqui pago, quanto em relação às prestações futuras.

O que, obviamente, não infirma as conclusões quanto ao sobrepreço e que os custos reais atinentes à demolição do antigo Machadão e a construção da Arena das Dunas foram muito inferiores aos alegados pelo parceiro privado, sem em qualquer momento apresentar prova efetiva do exato custo de execução.

E no que toca a parcela variável (15% do valor total), torna-se incontestável que o pagamento mensal operado pelo Estado se reveste também de graves indícios de ilegalidade, uma vez que – além da não apresentação das planilhas solicitadas – , tem-se potencial irregularidade quanto aos efetivos custos pertinentes à manutenção da Arena, bem como qual a parte contratual que está efetivamente arcando com estas despesas.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA-GERAL**

No entanto, saliente-se que ainda há necessidade de aprofundamento quanto à regularidade da parcela variável, com a produção de relatório de Auditoria específico e concentrado neste item.

Verifica-se, com isto, que o pagamento a maior efetuado pelo Estado do RN caracteriza sobrepreço, e vem causando um dano ao erário mensal, o qual hoje, segundo o Corpo Instrutivo desta Corte, alcança mais de R\$ 77.532.187,35 (setenta e sete milhões quinhentos e trinta e dois mil cento e oitenta e sete reais e trinta e cinco centavos), no que toca à parcela fixa (85%).

Além disso, sobrepreço este que poderá ser ainda maior ao se computar a isenção atinente aos tributos estaduais e municipais, bem como eventual sobrepreço advindo do aprofundamento da investigação atinente à parcela variável.

Verifica-se, então, a ocorrência de dano concreto ao erário, relativo aos valores já desembolsados pelo Poder Executivo Estadual, considerando tanto o aludido sobrepreço apontado na parcela fixa (85%) quanto a inexistência de apresentação da composição da parcela variável.

Registre-se, por oportuno, que a concessão de medida cautelar pelo Tribunal de Contas não constitui simples recomendação, mas, ao contrário, detém força cogente determinatória à autoridade pública a que for dirigida seu cumprimento, como objetivamente assinalado pelo Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

Reconheço que a deliberação do E. Tribunal de Contas da União, no caso, analisada em seu conteúdo material, não veicula mera recomendação (como sugere a ora impetrante), mas consubstancia, no ponto versado na presente impetração mandamental, clara determinação (v. itens ns. 9.4 e 9.5 do Acórdão 2338/2006 - fls. 58/59) dirigida à própria Companhia das Docas do Estado da Bahia - CODEBA.

(...)

Ocorre, no entanto, tal como por mim precedentemente assinalado, que a deliberação do E. Tribunal de Contas da União, ora questionada nesta sede mandamental, traduz, na espécie em exame, determinação, que, por efeito de sua natureza mesma, revela-se impregnada de caráter impositivo (MS 26547/DF, STF, Min. Relator Celso de Mello, DJU 29.5.2007).



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA-GERAL**

Diante de tudo quanto se extrai nestes autos, observa-se claramente que existem fundados indícios de que os pagamentos ocorridos nesse Contrato ocorrem flagrante oposição ao interesse público, indisponível e supremo na administração pública.

A mais não poder, resta configurado o *fumus boni iuris* a ensejar o deferimento da medida cautelar pleiteada no presente processo, uma vez que uma série de indícios encontram-se presentes nos autos, alguns inclusive já notoriamente consolidados no que concerne ao juízo de valor que torna premente o reconhecimento de, no mínimo, desídia grave, apto a justificar a intervenção desta esfera de controle.

IV.2. DO PERICULUM IN MORA

No que tange ao *periculum in mora*, este se encontra igualmente presente nos autos, inclusive em virtude da periodicidade mensal com que ocorrem os pagamentos do Estado do RN em favor da Arena das Dunas, somado ao fato do tempo de validade do contrato, que denota o inexorável comprometimento do erário estadual até a sua conclusão, tornando improvável a recuperação desse montante de recursos públicos envolvidos, conforme os valores pagos indevidamente.

Torna-se *mister* reconhecer que o prazo do contrato remete inevitavelmente à extensão desse processo, tendo em vista seu caráter de acompanhamento da execução da Concessão. Desse modo, a medida cautelar ora pleiteada é imprescindível para garantir a eficácia da decisão final de mérito, dada a grande possibilidade de não haver recursos e/ou mecanismos de garantir o ressarcimento ao erário cabível nos autos, considerando que o potencial dano ao erário continua se expandindo, com a possibilidade de atingir o astronômico patamar de R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), só no que tange à parcela fixa do contrato.

Ademais, a título argumentativo, afaste-se de plano qualquer eventual alegação de *periculum in mora* reverso, tendo em vista que o valor total da obra, ainda que fosse considerado o valor alegado pela Arena das Dunas, já foi integralmente repassado pelo BNDES, com início de pagamento do empréstimo posterior ao início da remuneração até então paga mensalmente pelo Estado do Rio Grande do Norte ao parceiro privado, com juros consideravelmente superiores para a obrigação do Estado em comparação com a obrigação da Arena das Dunas.

Ourossim, saliente-se que a suspensão do pagamento da parcela fixa pelo Estado do Rio Grande do Norte em nada afeta o contrato firmado entre o BNDES e a Arena das Dunas, não sendo o Poder Público Estadual nem parte nem garantidor deste



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA-GERAL**

contrato, não lhe sendo imputável qualquer obrigação de pagamento ao BNDES, nem mesmo subsidiariamente.

Ao revés, confirmado o sobrepreço apontado pelo Corpo Instrutivo e suficientemente provado até este momento processual, o BNDES será credor da Arena das Dunas em patamares superiores ao atualmente contratados, pois o banco de fomento federal teria emprestado uma centena de milhões de reais a mais do que o quanto efetivamente empregado no projeto.

Em vista disso, este Ministério Público de Contas entende que o pedido cautelar ora apresentado quanto à suspensão do pagamento da parcela fixa é o mecanismo processual cabível para evitar o potencial dano ao patrimônio público, bem como desfazer o dano já delineado pelo sobrepreço até aqui demonstrado, uma vez que este processo terá uma tramitação demasiadamente longa, o que acarretará comprometimento de um montante ainda superior a ser desperdiçado pelo Estado do RN com a empresa concessionária.

Desse modo, seria um equívoco processual determinar que as medidas ora sugeridas só fossem cabíveis após a dilação probatória, uma vez que existe a possibilidade concreta de dano ao Erário potencialmente irrecuperável com prejuízo que se vislumbra como irreversível.

Nesse diapasão, convém registrar que o *periculum in mora* resta demonstrado pelo risco da ineficácia da decisão definitiva a ser proferida por esta Corte de Contas, tendo em vista que, diante da constatação de sobrepreço e, em consequência, de potencial dano ao erário, em sendo realizados os pagamentos a maior à empresa contratada, ao final do trâmite processual, terá sido efetivamente concretizado o total do dano ao patrimônio público atualmente antevisto, hipótese que deve ser evitada desde já, por intermédio da concessão da cautelar, consubstanciada na sustação dos pagamentos pendentes que se embasam nos custos da obra questionados.

Afere-se que a lesividade ora evidenciada também atinge o censo ético-jurídico a que deve irrestrita sujeição toda e qualquer autoridade pública – e com maior razão aquelas situadas no ápice da pirâmide institucional do Poder Executivo Estadual – e, por decorrência, a moralidade administrativa, ante a iniciativa do Poder Público de passar por cima da lei gerando resultado desastroso ao interesse e patrimônio públicos.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA-GERAL**

Para caracterizar bem a imperiosidade da concessão do provimento cautelar ora requerido, vale enfatizar o escólio de Hely Lopes Meirelles⁵ que, embora inscrito em obra sobre mandado de segurança, tem plena adequação à postulação cautelar aqui articulada, *in verbis*:

A liminar não é uma liberalidade da Justiça; é medida acauteladora do direito do Impetrante, que não pode ser negada quando ocorre seus pressupostos.” (...) “Se é certo que a liminar não deve ser prodigalizada pelo judiciário, para não entravar a atividade normal da administração, também não deve ser negada quando se verificarem seus pressupostos legais para não se tornar inútil o pronunciamento final a favor do impetrante. Casos há – e são frequentes – em que o tardio reconhecimento do direito do postulante enseja tal aniquilamento. Em tais hipóteses, a medida liminar impõe-se como providência de política judiciária, deixada à prudente discricção do juiz.

No âmbito da imperiosidade da medida cautelar, ainda que haja nos autos notícias de que há a pretensão de suspensão de pagamento, por exemplo, inclusive com a concordância da Administração Pública com a medida cautelar pleiteada, não há qualquer confirmação que esta tenha sido efetivamente procedida sem a efetiva determinação por essa Corte de Contas, uma vez que o cumprimento voluntário dessa decisão seria totalmente imprevisível e, por outro lado, a prestação jurisdicional não seria tempestiva para a proteção ao Erário ora pretendida.

Do contrário: tal situação atrai a incidência da tutela de evidência, festejada na doutrina processual e concretizada no âmbito do Novo Código de Processo Civil. Ora, não só a análise técnica por parte desta Corte de Contas detectou as irregularidades, mas a própria administração, pelas razões que lhe são inerentes, também concordou com a necessidade de suspensão dos pagamentos.

Conforme manifestação do DER trazida aos autos após o relatório de auditoria nº 005/2016-CAFCOPA, desde dezembro de 2015 o Poder Concedente se manifesta no sentido de suspender os pagamentos.

Além disso, mesmo que haja a suspensão dos pagamentos, unilateralmente pelo Poder Concedente ou por intermédio de decisão judicial condicionada ao andamento deste processo no âmbito do TCE, aí então se reforça a necessidade de a

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.p.78-80.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA-GERAL**

Corte de Contas barrar este potencial dano ao Erário, dando a segurança jurídica para a sociedade, de onde emana todo o poder, e para a relação jurídica havida da PPP ora analisada, não sendo concretizado o potencial dano sob espreque. Nessa seara, torna-se imprescindível que esta Corte de Contas determine a medida cautelar ora pleiteada com o objetivo nodal de proteção ao erário estadual, para garantir a não ocorrência do potencial dano, bem como eventual ressarcimento posteriormente confirmado.

Alerta-se que a imperiosidade dessa medida traz a direta e imediata consequência jurídica restritiva de direitos a ser imposta pelo TCE/RN no exercício de sua função administrativa de controle externo, em virtude dos comportamentos juridicamente proibidos, conforme verificado nos autos.

Ademais, ressalte-se a necessidade de o presente pedido cautelar ser examinado com urgência por esta Corte de Contas, tendo em vista que o pagamento mensal do contrato já vem sendo realizado em montante superior ao devido.

Desta feita, preenchidos os requisitos autorizadores da concessão da medida cautelar, na qualidade de tutela de urgência ou de evidência, mostra-se imprescindível que esta Corte de Contas acolha o pleito sugerido pela CAFCOPA, nos termos a seguir pleiteados.

IV – DA CONCLUSÃO E PEDIDOS:

Isto posto, manifesta-se este Órgão Ministerial, em concordância com o sugerido pelo Corpo Instrutivo no Relatório de Auditoria nº 005/2016-CAFCOPA, pela concessão de medida cautelar, nos seguintes termos:

I – Quanto à parcela fixa da contraprestação pecuniária paga pelo Estado do Rio Grande do Norte ao parceiro privado (85% dos pagamentos mensais totais atuais de R\$ 12.953.218,73, no patamar atual de R\$ 11.010.235,92):

- a) Que seja deferida a cautelar de suspensão total do pagamento da parcela fixa até o julgamento final deste processo;

Ou, sucessivamente, em caso de negativa do pedido da alínea “a” supra, que seja deferida cautelar para:



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA-GERAL**

- b) Sustar o pagamento da parcela fixa até que seja estornado todo o dano ao Erário até aqui já concretizado consoante identificado no Relatório de Auditoria (R\$ 77.532.187,35), acrescido do montante já pago indevidamente em decorrência da não desoneração dos tributos estaduais e municipais a ser calculado pelo Corpo Instrutivo, inclusive no que tange ao tempo desta recomposição;
- c) Que, superado o prazo previsto no item “b” supra, seja retomado o pagamento parcial da parcela fixa no montante devido desta contraprestação expurgados os efeitos decorrentes do sobrepreço e já devidamente calculado o reequilíbrio econômico-financeiro, cujo patamar deverá ser previamente fixado pelo Corpo Instrutivo;

II – Quanto à parcela variável (15% dos pagamentos mensais totais atuais de R\$ 12.953.218,73, no patamar atual de R\$ 1.942.982,81 sem o desconto do Verificador Independente):

- a) Que seja deferida cautelar de suspensão do pagamento ao parceiro privado até apresentação das planilhas comprobatórias dos efetivos custos de manutenção e gerenciamento da Arena das Dunas;
Ou, sucessivamente, em caso de negativa do pedido da alínea “a” supra, que seja fixado:
- b) Prazo de 30 dias para a Arena das Dunas apresentar as planilhas atinentes aos custos de manutenção e gerenciamento da Arena das Dunas a partir da entrega da obra em janeiro de 2014 até a presente data;
- c) Que, superado o prazo previsto na alínea “b” supra sem o total cumprimento da obrigação ali fixada, seja deferida cautelar de suspensão do pagamento da parcela variável para o parceiro privado até a conclusão e julgamento de Relatório específico do Corpo Instrutivo sobre a parcela variável, inclusive com as respostas à quesitação feita pelo Ministério Público de Contas na Quota nº 238/2016-PG, acostada aos autos do Processo nº 3634/2014-TC, apensado aos autos deste processo;
- d) Nas hipóteses previstas nas alíneas “a” e “c” supra, que seja mantido exclusivamente o pagamento ao Verificador Independente, sem qualquer pagamento ao parceiro privado.

Em sequência, que seja determinado ao Corpo Instrutivo calcular seria a contraprestação devida após o expurgo do sobrepreço incidente sobre a parcela fixa,



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA-GERAL**

bem como os efeitos decorrentes das isenções fiscais não computadas quanto às parcelas fixa e variável.

Por fim, que seja procedida auditoria na parcela variável, de modo a verificar sua regularidade.

Este é o parecer.

Natal/RN, 20 de julho de 2016.

Luciano Silva Costa Ramos

Procurador Geral do Ministério Público de Contas

